سلسلة نصوص تراثية للجثيان

(١٥١٧)

تعقبات ابن المنجى

في الممتع في شرح المقنع

على ابن قدامة

في المغني والكافي

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٦هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

"قال ابن عقيل: التراب ونحوه لا يطهر لأنه لا يزيل التغير وإنما يستره.

وأما كون ما كوثر بماء يسير أو بطاهر يتخرج أن يطهر؛ فلأن علة التنجيس التغير وقد زال فوجب زوال التنجيس كما لو زال التغير بالمكاثرة.

قال: (والكثير ما بلغ قلتين، واليسير ما دونهما وهما خمسمائة رطل بالعراقي. وعنه أربعمائة. وهل ذلك تقريب أو تحديد؟ على وجهين).

أما كون الكثير ما بلغ قلتين. وهما تثنية قلة. وهي الجرة. وسميت بذلك لأنها تقل. أي تحمل. ومنه قوله تعالى: ﴿حتى إذا أقلت سحابا ثقالا﴾ [الأعراف: ٥٧]. أي حملت.

واليسير ما دونهما؛ فلأن النبي – صلى الله عليه وسلم – فرق بين القلتين وما دونهما حيث قال: «إذا بلغ الماء قلتين لم يحمل الخبث» (١). فوجب جعل ما لم يحمل الخبث كثيرا لدفعه الخبث وما دونه يسيرا لعدم دفعه ذلك.

وأما كون القلتين خمسمائة رطل بالعراقي على المذهب؛ فلأنه يروى عن ابن جريج أنه قال: «رأيت قلال هجر وكانت القلة منها تسع قربتين أو قربتين وشيئا» (٢). فالاحتياط أن يجعل الشيء نصفا. والقربة مائة بإجماع فتكون القلتان خمسمائة رطل بالعراقي. والرطل العراقي وزنه مائة درهم وثمانية وعشرون درهما فيكون القنطار بالرطل الدمشقي أحد وعشرين رطلا وثلث رطل. فتكون القلتان على هذا مائة رطل وستة أرطال وثلثي رطل. كذا ذكر المصنف رحمه الله في **المغني** القديم وعزاه إلى أبي عبيد (٣). وذكر في **المغني** الجديد أن الرطل العراقي مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم. فتكون القلتان على هذا مائة رطل وسبعة أرطال وأوقية وخمسة أسباع أوقية.

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٠٥.

(٢) ذكره البيهقي في السنن الكبرى ١: ٢٦٣ كتاب الطهارة، باب: قدر القلتين.

(٣) ر الأموال لأبي عبيد ص: ٤٦٦.." (١)

"وأما كونهما أربعمائة على رواية فلما روي عن ابن جريج ويحيى بن عقيل: أن القلة تأخذ قربتين. وقرب الحجاز كبار تسع كل قربة مائة رطل.

---

(١) الممتع ١٠٨/١

فعلى هذا تكون القلتان خمسة وثمانين وثلث رطل بالدمشقي على الأول. وعلى ما في **المغني** الجديد تكون القلتان خمسة وثمانين وثلث رطل وأربعة أسباع أوقية.

وأما كون ذلك تقريبا على وجه؛ فلأن الشيء إنما جعل نصفا احتياطا والغالب استعماله دون النصف.

وأما كونه تحديدا على وجه؛ فلأن ما جعل احتياطا يصير واجبا كغسل جزء من الرأس مع الوجه.

فإن قيل: الخلاف في التقريب والتحديد راجع إلى خمسمائة أو إلى أربعمائة أو إليهما.

قيل: ظاهر هنا رجوعه إليهما، وظاهر كلامه في **المغني** رجوعه إلى خمسمائة؛ لأنه قال فيه: اختلف أصحابنا هل القلتان خمسمائة رطل تحديدا أو تقريبا؟ فخص الخلاف بخمسمائة. والأشبه ذلك إن قيل القربة مائة بإجماع لأنه لا ترديد في كون القلتين قربتين وإنما الترديد في الزائد عليهما. وإن قيل: القربة مائة تقريبا حسن مجيء الخلاف في التقريب والتحديد في الروايتين المتقدم ذكرهما.

فإن قيل: ما الصحيح منهما؟

قيل: التقريب عند المصنف رحمه الله، والتحديد عن أبي الحسن الآمدي. وذكره المصنف في **المغني**.

إذا علم ذلك. ففائدة الخلاف لو نقصتا رطلا أو نحوه فوقع فيها نجاسة فعلى القول بالتقريب هو طاهر؛ لأنه نقص يسير لا أثر له، وعلى القول بالتحديد هو نجس لأنه ما نقص عن قلتين.

قال: (وإذا شك في نجاسة الماء أو كان نجسا فشك في طهارته بنى على اليقين).

أما كون من شك في نجاسة الماء بعد طهارته بنى على اليقين؛ فلأن طهارته متيقنة والمتيقن لا يزول بالشك.

ولأن اليقين راجح على ما يطرأ عليه من الشك.." (١)

"وأما كون من شك في طهارة الماء بعد نجاسته بنى على اليقين فلما ذكر قبل.

قال: (وإن اشتبه الماء الطاهر بالنجس لم يتحر فيهما على الصحيح من المذهب ويتيمم. وهل يشترط إراقتهما أو خلطهما؟ على روايتين).

أما كون من اشتبه عليه الماء الطهور - وهو المراد بقول المصنف رحمه الله الطاهر - بالنجس لم يتحر فيهما فلما يأتي ذكره في صوره، وهي ثلاث صور:

إحداها: أن يكثر عدد النجس على عدد الطهور.

الثانية: أن يستويا.

---

(١) الممتع ١/١٠٩

الثالثة: أن يكثر عدد الطهور على النجس.

فالأولتان لا خلاف في المذهب أنه لا يتحرى فيهما.

أما كونهما لا خلاف فيهما؛ فلأن المصنف رحمه الله صرح في **المغني** بذلك فيجب حمل كلامه هاهنا على الصورة الثالثة ويكون من باب إطلاق اللفظ المتواطئ إذا أريد به بعض محاله وهذا مجاز سائغ.

وأما كونه لا يتحرى فيهما؛ فلأنه اشتبه عليه المباح بالمحظور في موضع لا تبيحه الضرورة فلم يجز التحري كما لو اشتبهت أخته بأجنبية.

وأما كونه لا يتحرى في الصورة الثالثة فلما ذكر في الصورتين.

قيل: وحكي عن أبي علي النجاد أنه يتحرى فيهما؛ لأنه إذا كثر عدد الطهور على النجس يغلب على الظن إصابة الطهور.

وإلى ذلك الوجه أشار المصنف رحمه الله بقوله: على الصحيح من المذهب.

والأول أصح لما تقدم.

وأما غلبة الظن إصابة الطهور فلا أثر له؛ كما لو اختلطت أخته بأجنبيات، والميتة بمذكيات.

وأما كونه يتيمم إذا لم يتحر في الصور الثلاث؛ فلأن ذلك شأن عادم الماء لدخوله تحت قوله تعالى: ﴿فلم تجدوا ماء فتيمموا﴾ [المائدة: ٦].

وأما كون إراقتهما أو خلطهما يشترط على رواية فليتحقق عدم الماء الطهور حسا وشرعا.." (١)

"والأول أصح؛ لأن استعمال الماء في الوضوء يكون بعد فعله المعصية بخلاف الصلاة في الدار المغصوبة فإن نفس العبادة واقعة معصية وذلك لا يجامع الطاعة فلزم انتفاء كونها عبادة.

وأما كون الضبة اليسيرة من فضة لا بأس بها ف «لأن قدح رسول الله – صلى الله عليه وسلم – انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة» (١) رواه البخاري.

ولأن الخيلاء وكسر قلوب الفقراء مفقود في ذلك.

وفي تقييد المصنف رحمه الله الضبة بكونها يسيرة من فضة إشعار (٢) بأمرين:

أحدهما: أنه يشترط فيما ذكر ذلك. وهو صحيح لأن مقتضى الدليل حرمة المضبب مطلقا. ترك العمل به فيما ضبته يسيرة من فضة للحديث المذكور فيبقى فيما عداه على مقتضاه.

وثانيهما: أنه لا يشترط غير ذلك. فعلى هذا لا يشترط أن تكون الضبة لحاجة. وصرح به في **المغني**.

---

(١) الممتع ١/١١٠

ووجهه أنها ضبة يسيرة لا خيلاء فيها ولا كسر.

وقال أبو الخطاب: لا بد من الحاجة لأن الرخصة وردت في الحاجة فيجب قصر الحكم عليها.

فإن قال قائل: قول المصنف رحمه الله لا بأس بها إذا لم يباشرها بالاستعمال يدل على وجود البأس عند وجود المباشرة والبأس ظاهر في التحريم والأمر ليس كذلك.

قيل: مراده نفي الكراهة إذا لم يباشرها وهو عند المباشرة مكروه الاستعمال لأنه يكون شاربا على فضة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٤٢) ٣: ١١٣١ أبواب الخمس، باب: ما ذكر من درع النبي - صلى الله عليه وسلم - وعصاه ... عن أنس رضي الله عنه.

(٢) في ب: إشعارا.." (١)

"وأما كون الذي يسقط من الرجل أو اللفائف المشدودة لا يجوز المسح عليه؛ فلأن كون الممسوح عليه مما يثبت بنفسه شرط ولم يوجد.

قال: (وإن لبس خفا فلم يحدث حتى لبس عليه آخر جاز المسح عليه).

أما كون المسح على ما ذكر يجوز؛ فلأنه خف ساتر لمحل الفرض يمكن متابعة المشي فيه أشبه المتفرد.

وأما قول المصنف رحمه الله: فلم يحدث ففيه إشعار بأنه لو أحدث ثم لبس آخر لا يجوز المسح عليه وهو صحيح صرح به في **المغني** وغيره من الأصحاب في كتبهم. ووجهه أنه إذا أحدث ثم لبس آخر لم يكن بد من المسح على الذي قبله ليكون الثاني ملبوسا على طهارة وإذا كان كذلك لم يجز المسح عليه لأن حكم المسح قد تعلق بالتحتاني فلم يجز على غيره.

قال: (ويمسح أعلى الخف دون أسفله وعقبه. فيضع يده على الأصابع ثم يمسح إلى ساقه).

أما كون الماسح يمسح أعلا الخف دون أسفله وعقبه فلقول علي رضي الله عنه: «لو كان الدين بالرأي لكان أسفل الخف أولى بالمسح من أعلاه. وقد رأيت رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يمسح على الخفين على ظاهرهما» (١) رواه الترمذي. وقال: حديث حسن صحيح.

وعن عمر رضي الله عنه قال: «رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - يأمر بالمسح على ظاهر الخفين إذا لبسهما وهما طاهران» (٢) رواه الخلال بإسناده.

وأما كون المسح كما ذكر المصنف رحمه الله فلما روى المغيرة بن شعبة «أن النبي - صلى الله عليه وسلم

---

(١) الممتع ١/١١٤

- بال في الماء. ثم توضأ ومسح على الخفين. فوضع يده اليمنى على خفه

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٢) ١: ٤٢ كتاب الطهارة، باب كيف المسح.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٩٨) ١: ١٦٥ أبواب الطهارة، باب ما جاء في المسح على الخفين ظاهرهما.
ولفظه: «رأيت النبي - صلى الله عليه وسلم - يمسح على الخفين على ظاهرهما» عن المغيرة بن شعبة.
وأخرجه أحمد في مسنده (٣٨٧) ١: ٥٤.
(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١: ٢٩٢ كتاب الطهارة، باب الاقتصار بالمسح على ظاهر الخفين.." [١]

"وأما دلك بدنه [بيديه] (١) فلئلا يبقى موضع من بدنه غير مغسول.

وأما الانتقال من موضع غسله وغسل قدميه؛ فلأن في حديث ميمونة: «ثم تنحى فغسل رجليه» (٢).

وأما كون المجزئ أن يغسل ما به من أذى وينوي ويعم بدنه بالغسل؛ فلأن ذلك كله واجب.

أما غسل ما به من أذى -والمراد به ما تقدم-؛ فلأن ذلك: إما نجس، وإما مانع من وصول الماء إلى ما تحته مما يجب غسله.

وأما النية؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وما أمروا إلا ليعبدوا الله مخلصين له الدين﴾ [البينة: ٥].

ولأن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لامرئ ما نوى» (٣).

وقال عليه السلام: «لا عمل إلا بنية» (٤).

وأما تعميم البدن بالغسل؛ فلأنه لا يقع اسم الغسل بدون إصابة الماء لجميع البدن.

ولم يذكر المصنف رحمه الله التسمية وذلك يدل على عدم وجوبها عنده. ونص في **المغني** أن أمرها في الغسل أخف؛ لأن حديث التسمية في الوضوء إنما يتناول بصريحه الوضوء لا غير. وغير المصنف رحمه الله يختار وجوبها فيهما. فعلى هذا لا بد من التسمية في المجزئ. ونص على ذكرها فيه أبو الخطاب.

---

(١) زيادة من ج.
(٢) سبق تخريج حديث ميمونة ص: ٢٣٣.

---

(١) الممتع ١/١٦٤

(٣) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

(٤) سبق تخريجه ص: ١٤٧.." [(١)]

"وأما كونها غير واجبة على النفساء؛ فلأن حكمها حكم الحائض في غير ذلك. فكذلك في هذا.

وتقييد المصنف رحمه الله وجوب الصلاة بما ذكر مشعر بعدم وجوبها على كافر وصبي ومجنون. وسيأتي ذلك مصرحا به إن شاء الله تعالى.

قال: (وتجب على النائم، ومن زال عقله بسكر، أو إغماء، أو شرب دواء).

أما كون الصلاة تجب على النائم؛ فلأنه يجب عليه قضاؤها إذا استوعب وقت الأداء بالنوم بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: «من نام عن صلاة أو أنسيها فليصلها إذا ذكرها» (١) متفق عليه.

أمر والأمر للوجوب. وإذا كان القضاء واجبا اقتضى تعلق الخطاب بالنائم لأنه لو لم يكن كذلك لما وجب القضاء بدليل المجنون.

وأما كونها تجب على من زال عقله بسكر؛ فلأن سكره معصية فلا يناسب إسقاط الواجب عنه.

ولأن حكمه حكم الصاحي في الطلاق والإقرار والحد بالقذف ونحو ذلك. فكذلك يجب أن يكون حكمه حكمه في وجوب الصلاة.

وأما كونها تجب على المغمى عليه ف «لأن عمارا روي أنه غشي عليه ثلاثا. ثم أفاق فقال: هل صليت؟ قالوا: ما صليت منذ ثلاث. فقال: أعطوني وضوءا فأعطوه. فتوضأ ثم صلى تلك الثلاثة» (٢).

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٢٩٢ من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه.

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ. وقد روى عبدالرزاق «أن عمار بن ياسر رمي فأغمي عليه في الظهر، والعصر، والمغرب، والعشاء فأفاق نصف الليل. فصلى الظهر، ثم العصر، ثم المغرب، ثم العشاء». (٤١٥٦) ٢: ٤٧٩ - ٤٨٠. كتاب الصلاة، باب: صلاة المريض على الدابة وصلاة المغمى عليه.

وأخرجه ابن شيبة في مصنفه (٦٥٨٣) ٢: ٧١ كتاب الصلوات، ما يعيد المغمى عليه من الصلاة. نحوه.

وأخرجه الدارقطني في سننه (١) ٢: ٨١ كتاب الصلاة، باب: الرجل يغمى عليه وقد جاء وقت الصلاة هل يقضي أم لا؟

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١: ٣٨٨ كتاب الطهارة، باب: المغمى عليه يفيق بعد ذهاب الوقتين

---

(١) الممتع ١٩٦/١

فلا يكون عليه قضاؤهما. كلهم عن السدي عن يزيد مولى عمار.

قال صاحب التعليق **المغني** ١: ٨١ – ٨٢: قوله: عن السدي، هو إسماعيل بن عبدالرحمن السدي، كان يحيى بن معين يضعفه، وكان يحيى بن سعيد، وعبدالرحمن بن مهدي لا يريان به بأسا، ولم يحتج به البخاري. وشيخه يزيد مولى عمار مجهول. والحديث رواه البيهقي في المعرفة، وقال: قال الشافعي: هذا ليس بثابت عن عمار، ولو ثبت فمحمول على الاستحباب.

وقال ابن التركماني (١: ٣٨٧): سكت –أي البيهقي– عنه، وسنده ضعيف.." (١)

"وروى أبو مجلز: «أن سمرة بن جندب قال: المغمى عليه يترك الصلاة. يصلي مع كل صلاة مثلها. قال: قال عمران: زعم. ولكن ليصليهن جميعا» (١) رواهما الأثرم.

وجه الحجة: أن ما ذكر فعل الصحابة وقولهم ولم يعرف لهم مخالف فكان إجماعا.

ولأن الإغماء لا يؤثر في إسقاط فرض الصيام فلا يؤثر في إسقاط الصلاة كالنوم.

وأما من زال عقله بشرب دواء فقد أطلق المصنف رحمه الله القول فيه بوجوب الصلاة عليه.

وقال في **المغني**: ينظر فيه فإن كان –يعني شرب الدواء– محرما لم تسقط عنه الفرائض بذلك كما لو شرب مسكرا، وإن كان مباحا له شربه سقط عنه فرض الصلاة كما لو زال بجنون. ثم قال: ويتوجه أن لا يسقط كما لو زال بالإغماء.

قال: (ولا تجب على كافر ولا مجنون. ولا تصح منهما. وإذا صلى الكافر حكم بإسلامه).

أما كون الصلاة لا تجب على كافر؛ فلأنها لو وجبت عليه في حال كفره لوجب عليه قضاؤها في حال السلامة لأن وجوب الأداء يقتضي وجوب القضاء واللازم منتف لقول الله تعالى: ﴿قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف﴾ [الأنفال: ٣٨].

ولأنه قد أسلم كثير في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعده فلم يؤمروا بقضاء.

ولأن في إيجاب القضاء تنفيرا لهم عن الإسلام فعفي عنه.

ولا فرق بين الأصلي والمرتد فيما ذكر لاستوائهما في ذلك.

وعن الإمام أحمد يجب على المرتد قضاء ما ترك حال ردته؛ لأنه اعتقد وجوبها وأمكنه التسبب إلى أدائها أشبه المسلم.

والأول المذهب؛ لأن الدليل الدال على إسقاط العبادة في حق الأصلي موجود في حق المرتد فوجب أن

---

(١) الممتع ١/٢٥٧

يثبت له حكمه عملا بالمقتضي الشامل لهما.

وأما كونها لا تجب على مجنون؛ فلقوله صلى الله عليه وسلم: «رفع القلم عن ثلاث: ذكر منهم المجنون حتى يفيق» (٢) رواه الترمذي. وقال: هذا حديث حسن.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦٥٨٤) ١: ٧١ كتاب الصلوات، ما يعيد المغمى عليه من الصلاة.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٤٢٣) ٤: ٣٢ كتاب الحدود، باب ما جاء فيمن لا يجب عليه الحد. ولفظه: عن علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يشب، وعن المعتوه حتى يعقل».

وأخرجه النسائي في سننه عن عائشة ولفظه: «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن الصغير حتى يكبر، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق». (٣٤٣٢) ٦: ١٥٦ كتاب الطلاق، باب من لا يقع طلاقه من الأزواج.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤١) ١: ٦٥٨ كتاب الطلاق، باب: طلاق المعتوه والصغير والنائم. مثل حديث عائشة.." [١]

"وقيل: يعم ما ذكر.

وهو الصحيح من المذهب لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يؤذن له ويقام سفرا وحضرا.

و«لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأبي سعيد الخدري: إذا كنت في غنمك أو في باديتك فأذنت بالصلاة فارفع صوتك فإنه لا يسمع مدى صوت المؤذن جن ولا إنس ولا شيء إلا شهد له يوم القيامة» (١) رواه البخاري.

ويكفي أذان واحد لجميع أهل البلد الصغير والمحلة الكبيرة إذا كان يسمعهم جميعهم؛ لأن الغرض إسماعهم. وذلك حاصل بما ذكر.

وأما كون الإمام يقاتل أهل بلد اتفقوا على تركهم الأذان والإقامة؛ فلأنهم تركوا ما هو من شعائر الإسلام الظاهرة. فكان للإمام أن يقاتلهم؛ كما لو تركوا الجهاد.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أن ما ذكر مرتب على القول بفرضهما على الكفاية لأنه قال: وهما فرض على الكفاية إن اتفق أهل بلد. وهو ظاهر كلامه في **المغني** أيضا؛ لأنه حكى أنهما فرض كفاية. ثم

---

(١) الممتع ١/٢٥٨

قال: فعلى هذا إذا قام به قوم سقط عن الباقين. فإن اتفق أهل بلد على تركهما قاتلهم الإمام. فعلى هذا يكون قتال الإمام لهم لتركهم الواجب كقتال مانعي الزكاة.

وقال صاحب النهاية فيها: سواء قلنا أنهما سنة أو واجب متى اتفق أهل بلد على تركهما قاتلهم الإمام لأنهما من أعلام الدين الظاهرة فلا يرخص في تعطيلهما لأن الشعائر المستمرة الظاهرة في الشريعة لو خلا منها قطر لتبادر الخلق بالإنكار والاستنكار.

قال: (ولا يجوز أخذ الأجرة عليهما في أظهر الروايتين. فإن لم يوجد متطوع بهما رزق الإمام من بيت المال من يقوم بهما).

أما كون أخذ الأجرة على الأذان لا يجوز في أظهر الروايتين؛ فلما روى عثمان بن أبي العاص أنه قال: «إن آخر ما عهد إلي النبي صلى الله عليه وسلم أن اتخذ مؤذنا لا يأخذ على أذانه أجرا» (٢). قال الترمذي: حديث حسن.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٨٤) ١: ٢٢١ كتاب الأذان، باب رفع الصوت بالنداء.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٥٣١) ١: ١٤٦ كتاب الصلاة، باب أخذ الأجر على التأذين.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩) ١: ٤٠٩ أبوب الصلاة، باب ما جاء في كراهية أن يأخذ المؤذن أجرا.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٣١٤) ٤: ٢١.." (١)

"ويعرف الزوال بطول الظل بعد تناهي قصره.

وأما كون الظل المذكور بعد الذي زالت عليه الشمس؛ فلأن الشمس تزول في بعض الأوقات وبعض الأمكنة وللشيء ظل فلم يكن بد من اعتباره.

قال: (والأفضل تعجيلها إلا في شدة الحر والغيم لمن يصلي جماعة).

أما كون الأفضل تعجيل الظهر في غير الحالتين المذكورتين؛ فلحديث أبي برزة المتقدم.

ولقول عائشة: «ما رأيت أحدا أشد تعجيلا للظهر من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا من أبي بكر ولا من عمر رضي الله عنهما» (١). قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وأما كون الأفضل في شدة الحر تأخيرها؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا اشتد الحر فأبردوا بالصلاة. فإن شدة الحر من فيح جهنم» (٢) متفق عليه.

---

(١) الممتع ٢٦٦/١

فإن قيل: الأمر بالإبراد رخصة أم سنة.

قيل: الأرجح أنه سنة؛ لأنه أمر به، وأدنى مراتب الأمر الاستحباب؛ فلأن شدة الحر تمنع الخشوع. فجرى مجرى حضور الطعام [والشراب] (٣) وبه حاجة إليه. ذكر ذلك صاحب النهاية فيها. وصرح المصنف رحمه الله في **المغني والكافي** أنه مستحب لما تقدم.

فإن قيل: الإبراد يستحب في الجمعة كالظهر.

قيل: لا؛ لما روى سلمة بن الأكوع «كنا نجمع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا زالت الشمس» (٤).

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٥) ١: ٢٩٢ أبواب الصلاة، باب ما جاء في التعجيل بالظهر.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٥١٧) ط إحياء التراث.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥١٢) ١: ١٩٩ كتاب مواقيت الصلاة، باب الإبراد بالظهر في شدة الحر.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٦١٥) ١: ٤٣٠ كتاب المساجد، باب استحباب الإبراد بالظهر في شدة الحر ... ، كلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) زيادة من ج.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٣٥) ٤: ١٥٢٩ كتاب المغازي، باب غزوة الحديبية.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٦٠) ٢: ٥٨٩ كتاب الجمعة، باب صلاة الجمعة حين تـزول الشمس.." (١)

"ولأنه لم ينقل تأخيرها بل تعجيلها. فروى سهل بن سعد: «ما كنا نقيل ولا نتغدى إلا بعد الجمعة»

(١) رواه البخاري.

ولأن السنة المباكرة (٢) إليها واجتماع الناس لها قبل الزوال فلو شرع [تأخيرها] (٣) لتأذى الناس بحر المسجد.

وأما كون الأفضل في الغيم تأخيرها؛ فلأنه لا يؤمن مع التعجيل عدم مصادفة الوقت حقيقة؛ لأن الدخول في الصلاة يجوز إذا غلب على الظن دخول الوقت فإذا كان غيم وصلى بناء على غلبة الظن ربما صادف

---

(١) الممتع ١/ ٢٨٠

في الباطن عدم الوقت.

وقول المصنف رحمه الله: لمن يصلي جماعة؛ يحتمل أن يعود إلى شدة الحر والغيم جميعا.

فعلى هذا يكون عدم أفضلية التعجيل في شدة الحر والغيم مشروطا بكون المصلي يصلي جماعة. ولم أر ذلك لغيره ولا له في غير مقنعه. إلا أنه نقل في **المغني** عن القاضي أنه قال: يستحب تأخير الظهر والمغرب في الغيم. وأنه علل ذلك بأنه وقت يخاف منه العوارض والموانع من المطر والريح والبرد فتلحق المشقة في الخروج لكل صلاة. وفي تأخير الأولى من صلاتي الجمع وتقديم الثانية دفع لهذه المشقة.

فعلى هذا يكون التأخير للغيم مشروطا بحضور الجماعة؛ لأن المعنى لا يحصل إلا بذلك. ولا تكون علة التأخير في الغيم إلا من عدم إصابة الوقت في الحقيقة.

ويحتمل أن يعود يعني قوله: لمن يصلي جماعة إلى شدة الحر فقط ويكون الغيم لا حظ له في ذلك. وفيه بعد لتوسط أجنبي بين الحكم وشرطه إلا أن ذلك موافق لنقل الأصحاب ونقل المصنف رحمه الله في سائر مصنفاته.

وإنما اشترطت الصلاة جماعة في عدم أفضلية التعجيل؛ لأن في التعجيل السعي في الشمس وشدة الحر وذلك مشقة في حق من يصلي جماعة لا في حق غيره.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله: أنه لا يشرط غير ما ذكر.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٨٩٧) ١: ٣١٨ كتاب الجمعة، باب قول الله تعالى: ﴿فإذا قضيت الصلاة ... ﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٥٩) ٢: ٨٥٨ كتاب الجمعة، باب صلاة الجمعة حين تزول الشمس.

(٢) في ب: المباركة.

(٣) زيادة من ج.." (١)

"وهذا القول الذي عزاه المصنف رحمه الله إلى القاضي -وهو منصوص الإمام أحمد- ذكره في **المغني** وصاحب النهاية فيها.

والمساواة بين الفرض والنفل ظاهر كلام الخرقي. فله أن يقول المسامحة في النفل بترك القيام والاستقبال؛ لأن اشتراطهما يفضي إلى تقليل النافلة ضرورة أن المسافر في مظنة التعب والنصب واشتباه القبلة وليس هذا

---

(١) الممتع ١/٢٨١

المعنى موجودا في اشتراط ستر المنكبين؛ لأن سترهما لا يشق ولا يفضي اشتراط ذلك إلى تقليل النافلة فوجب المساواة عملا بالعموم والأصل المقتضي للتساوي السالم كل (١) واحد منهما عن المعارض.

وللإمام أحمد أن يقول: الأصل عدم وجوب ستر المنكبين. ترك الأصل في الفرض لأنه مراد من الحديث قطعا. فوجب أن لا يترك في النفل لوجوه:

أحدها: أنه يلزم الترك بالأصل بالكلية.

وثانيها: أنه قد ظهر في الجملة الفرق بين الفرض والنفل فلم يلزم من الترك في الفرض الترك في النفل.

وثالثها: أن الفرض آكد فناسب انفراده بذلك.

قال: (ويستحب للمرأة أن تصلي في درع وخمار وملحفة. وإن اقتصرت على ستر عورتها: أجزأ).

أما كون المرأة يستحب لها أن تصلي فيما ذكر فلما روي عن عمر أنه قال: «تصلي المرأة في ثلاثة أثواب: درع وخمار وإزار» (٢).

فإن قيل: ما الدرع والخمار والملحفة؟

قيل: قال الإمام أحمد: الدرع هو شبه القميص لكنه سابغ يغطي قدميها.

وقيل: هو اسم لقميص المرأة السابغ.

والخمار: شيء تغطي به المرأة رأسها وشعرها وعنقها.

والملحفة: شيء يلتحف بها من فوق الدرع.

والحكمة في ذلك: المبالغة في سترها لأنها جميعها عورة إلا الوجه. وفي الكفين خلاف.

---

(١) في ب: لكل.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢: ٢٣٤ كتاب الصلاة، باب الترغيب في أن تكف ثيابها ...." (١)

"وأما كونها تبطل إذا انكشف ما يفحش؛ فلأن مقتضى الدليل بطلان الصلاة بكشف شيء من العورة ضرورة كون سترها شرطا لصحة الصلاة. ترك العمل به في اليسير غير الفاحش للحديث، وللمشقة. فيبقى فيما عداه على مقتضاه.

فإن قيل: ما الفاحش وغير الفاحش؟

---

(١) الممتع ١/٣٠٠

قيل: المرجع في ذلك إلى العرف. والعرف يختلف بالعورة المخففة والمغلظة. فقد لا يفحش قدر من الفخذين لو انكشف، ويفحش مثله في الفرجين.

ولا فرق بين الفرجين وغيرهما لأن ذلك في الحديث المحتج به على ذلك وهو قوله: «خرجت منها إستي» (١).

ولأن المشقة المتقدمة موجودة في الفرجين فوجب أن يعفى عن اليسير منهما دفعا للمشقة.

واليسير المعفو عنه هو ما لا يفحش. صرح به المصنف رحمه الله في **المغني** وغيره من الأصحاب.

وظاهر كلامه هاهنا أن الذي لا يبطل يسير موصوف بعدم الفحش. وليس الأمر كذلك لأن ذلك يقتضي أن لنا يسيرا موصوفا بالفحش. ووصف الشيء بصفة يقتضي تجدد فائدة لولاها. وكان الجيد أن يقال: وإذا انكشف من العورة يسير وهو ما لا يفحش كما قال أبو الخطاب. أو يقتصر على يسير كما قال الخرقي. ثم الشارح يبين ما لا يفحش كما فعل المصنف رحمه الله في **المغني**.

قال: (ومن صلى في ثوب حرير أو مغصوب لم تصح صلاته. وعنه تصح مع التحريم).

أما كون من صلى في ثوب حرير أو مغصوب لا تصح صلاته على المذهب؛ فلأن لبسهما حرام وقد استعملهما في شرط العبادة فلم تصح كالصلاة في الدار المغصوبة.

وأما كونها تصح على رواية مع التحريم؛ فلأن التحريم لا يختص الصلاة، والنهي لا يعود إليها فوجب أن يصح؛ كما لو غسل ثوبه من النجاسة بماء مغصوب، أو صلى وعليه عمامة مغصوبة، أو حرير، أو في يده خاتم ذهب.

---

(١) سبق تخريجه قريبا.." (١)

"وقال في **المغني**: هو قول أكثر أهل العلم. وعلله بأن قوله عليه السلام: «جعلت لي الأرض مسجدا» (١) صحيح متفق عليه. استثني منه المقبرة والحمام والمعاطن للأحاديث الواردة فيها فيبقى فيما عداها على العموم.

ثم قال: حديث المواضع السبعة رواه العمري وزيد بن جبيرة وقد تكلم فيهما من قبل حفظهما.

فإن قيل: ما المراد بالمواضع المذكورة؟

قيل: المجزرة هي موضع ذبح البهائم، والمزبلة: هي التي تجمع فيها الزبل، وقارعة الطريق: هي الطريق

---

(١) الممتع ١/٣٠٢

الجادة المسلوكة السابلة. وليس المراد كل طريق لأنه لا يخلو موضع من المشي فيه.

ولأن قارعة الطريق إنما سميت بذلك لكثرة قرع الأقدام لها وذلك مفقود في كل طريق.

وأما كون حكم أسطحة ما ذكر حكم المقبرة؛ فلأن سطح الشيء له حكم أسفله؛ لأن الجنب يمنع من اللبث على سطح المسجد.

والضمير في قوله: وأسطحتها يحتمل عوده إلى المواضع الثلاثة المذكورة.

قيل: ويحتمل عوده إلى جميع مواضع النهي. وهو ظاهر كلام المصنف رحمه الله في **المغني**. لأنه نقل عن القاضي أنه علل المنع من الصلاة على ساباط شيء على طريق نافذ بأن العلو تابع للقرار فيثبت فيه حكمه. ثم قال: وعدي الحكم إلى جميع أسطحة مواضع النهي.

وقال صاحب النهاية بعد ذكره المسألة المذكورة: وطرد القاضي هذا (٢) في المواطن كلها.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أن حكم الأسطحة ليس حكم القرار. وصرح به في **المغني** فقال: الأولى قصر الحكم على ما يتناوله النهي فلا يتعداه إلى سطح ولا ما سواه؛ لأنه لا يتناوله ولا يتخيل فيه معنى. ولو علل بالتبعية لم يمنع من الصلاة على الساباط الذي على النهر لكون القرار لا يمنع من الصلاة عليه في سفينة. ولكان ينبغي أن

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٢٨) ١: ١٢٨ كتاب التيمم.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٥٢٣) ١: ٣٧١ كتاب المساجد. من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) زيادة من ج.." [(١)]

"قيل: لا. بل مثله في جواز ترك الاستقبال.

أما جواز الإيماء بالركوع والسجود فليس له ذلك. ويلزمه الركوع والسجود على الأرض مستقبلا؛ لإمكان ذلك. بخلاف الراكب فإن له أن يومئ بهما.

وقال أبو الحسن الآمدي: لا يلزمه ذلك بل يومئ بهما كالراكب لأنها حالة أبيح فيها ترك الاستقبال فلم يجب عليه الركوع والسجود كالراكب.

وأما كونه لا يجوز له ذلك على رواية. وهو ظاهر كلام الخرقي؛ فلأن الرخصة وردت في الراكب، والماشي بخلافه لأنه يأتي في الصلاة بعمل كثير.

---

(١) الممتع ١/٣٢٢

وأما كون من أمكنه افتتاح الصلاة إلى القبلة يلزمه ذلك على رواية؛ فلأنه قادر عليه فلزمه كما لو قدر عليه في جميع الصلاة من غير مشقة.

وأما كونه لا يلزمه ذلك على رواية؛ فلأنه جزء من أجزاء الصلاة فلم يلزمه كبقية أجزائها، [والحديث يحمل على الندب] (١).

واعلم أن الضمير في قول المصنف رحمه الله: فإن أمكنه؛ يجب عوده إلى الراكب لا إلى الماشي ولا إليه وإلى الراكب، مع أن في عوده إلى الراكب أيضا نظر:

أما كونه لا يعود إلى الماشي وحده ولا إليه وإلى الراكب؛ فلأن الماشي يلزمه استقبال القبلة حال افتتاح الصلاة إذا أمكنه ذلك على رواية واحدة ذكر ذلك صاحب النهاية. وحكى المصنف رحمه الله في **المغني** أنه يلزمه الاستقبال ولم يحك خلافه. ولم يحك صاحب المستوعب ولا غيره ممن طالعت تصنيفه مع إمعان المطالعة والمبالغة من أجل تصحيح كلام المصنف رحمه الله هنا غير ذلك.

وأما كون عوده إلى الراكب وحده فيه نظر؛ فلأن الروايتين المذكورتين في الاستقبال حال الافتتاح إنما هما في حال المسايفة: أما النافلة في السفر على الراحلة فإنه ينظر فيها: فإن كانت مقطورة [أو لا تطيع راكبها في انفتالها لم يلزمه الاستقبال؛ لأنه لا يمكنه إلا بمشقة. وإن كانت غير مقطورة] (٢) وتطيعه فالمذهب أنه يلزمه الاستقبال حال الافتتاح ذكره صاحب النهاية فيها وقدمه المصنف في **المغني**. واحتجا عليه بأن النبي

---

(١) زيادة من ج.

(٢) ساقط من ب.." (١)

"صلى الله عليه وسلم «كان إذا سافر فأراد أن يتطوع استقبل بناقته القبلة فكبر ثم صلى حيث كان وجهة ركابه» (١) رواه أبو داود.

وأما عدم لزوم الاستقبال حال الافتتاح فهو مخرج على صلاة الخوف. ذكره المصنف رحمه الله في **المغني** وصاحب النهاية فيها. ولم يحكه واحد منهما رواية. ولم أعلمه لأحد من الأصحاب. ويمكن أن يتعذر عن إطلاق المصنف رحمه الله الروايتين إذا أراد بذلك الراكب بأن المخرج على رواية قد يطلق عليه رواية نظرا إلى أنه مأخوذ منها. أو يقال بأن المصنف رحمه الله اطلع على رواية لم يطلع عليها غيره ولم ينقلها إلا في

---

(١) الممتع ١/٣٢٧

مقنعه وفيه بعد. وصرح في **الكافي** بأن في الاستقبال إذا كان سهلا وجهين.

قال: (والفرض في القبلة إصابة العين لمن قرب منها. وإصابة الجبهة لمن بعد عنها).

أما كون الفرض في القبلة إصابة العين لمن قرب من الكعبة فلا خلاف فيه. ووجهه أنه قادر على التوجه إلى عين الكعبة قطعا فلم يجز العدول عنه والتوجه إليها ظنا.

والمراد بمن قرب المشاهد لها ومن كان بمكة من أهلها أو ناشئا بها من وراء حائل محدث كالجدران:

أما المشاهد لها؛ فلأنه قادر على إصابة العين من غير مشقة البتة.

وأما من كان من وراء حائل ممن ذكر؛ فلأنه قادر على إصابة العين بأسباب موصلة إلى ذلك قطعا على وجه السهولة واليسر فلزمه ذلك كمن صلى بحضرة الكعبة وبينه وبينها رجل قائم أو ستر معلق فإنه يلزمه أن يتسبب إلى أن يعلم عين الكعبة فكذلك هاهنا.

وأما كون الفرض فيها إصابة الجهة لمن بعد عنها؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ما بين المشرق والمغرب قبلة» (٢). قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

ترك العمل به (٣) في حق من قرب لما تقدم فيبقى فيما عداه على مقتضاه.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٢٢٥) ٢: ٩ كتاب الصلاة، باب التطوع على الراحلة.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٣١٣١) ٣: ٢٠٣,

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٤٤) ٢: ١٧١ أبواب الصلاة، باب ما جاء أن ما بين المشرق والمغرب قبلة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٠١١) ١: ٣٢٣ كتاب إقامة الصلاة، باب القبلة.

(٣) زيادة من ج.." [١]

"ولأن الإجماع منعقد على صحة صلاة المتباعدين يستقبلان قبلة واحدة ولا يمكن أن يصيب العين إلا أحدهما.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه لا فرق فيمن بعد بين من كان قريبا من مسجد النبي صلى الله عليه وسلم وبين من لم يكن. ووجهه عموم ما تقدم.

وقال أبو الخطاب: حكم من قرب من مسجد النبي صلى الله عليه وسلم حكم من قرب من الكعبة. وصرح

---

(١) الممتع ٣٢٨/١

به المصنف رحمه الله في **المغني**. ووجهه أن قبلة مسجد النبي صلى الله عليه وسلم صحيحة قطعا لأنه لا يقر على الخطأ.

ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرض إذا كان الجهة لم يكن نصب القبلة إلى غير العين خطأ. وفي قوله تعالى: ﴿فول وجهك شطر المسجد الحرام﴾ [البقرة: ١٤٤] دليل على أن الفرض الجهة؛ لأن الشطر قد فسر بالنحو. والنحو الجهة لا العين. ويعضده قوله عليه السلام: «ما بين المشرق والمغرب قبلة» (١).

قال: (فإن أمكنه ذلك بخبر ثقة عن يقين أو استدلال بمحاريب المسلمين لزمه العمل به. وإن وجد محاريب لا يعلم هل هي للمسلمين أو لا؟ لم يلتفت إليها).

أما كون من أمكنه معرفة القبلة بخبر ثقة عن يقين يلزمه العمل به؛ فلأن الخبر كالنص فلزم قبوله. ولم يجز العدول عنه إلى الاجتهاد معه كالحاكم إذا وجد النص.

وأما كون من أمكنه ذلك باستدلال بمحاريب المسلمين يلزمه ذلك؛ فلأن أهل الخبرة والمعرفة بنوها على الصحة. فجرى ذلك مجرى الخبر عن يقين.

وفي تقييد المصنف رحمه الله خبر الثقة بكونه عن يقين إشعار بأنه إذا أخبره عن اجتهاد لا يجوز له العمل بقوله. وهو صحيح. صرح به صاحب الهداية فيها. ووجهه أن العالم لا يجوز له العمل باجتهاد غيره فكذا هذا.

وأما كون من وجد محاريب لا يعلم هل هي للمسلمين أو لا؟ لا يلتفت إليها فلاحتمال كونها لغير المسلمين.

---

(١) سبق تخريجه في الحديث السابق.." (١)

"وأما كونه لا يصح على رواية – وقول المصنف رحمه الله: في ظاهر المذهب مشعر به؛ لأنه مشعر بالخلاف وخرج به في **المغني** ونقله عن الإمام أحمد رحمة الله عليه –؛ فلأن شرط صحة الصلاة فقد في أثنائها فوجب بطلانها كما لو تعمد الحدث.

والأول هو المذهب؛ لما تقدم.

قال: (وإن سبق اثنان ببعض الصلاة فائتم أحدهما بصاحبه في قضاء ما فاتهما فعلى وجهين. وإن كان لغير عذر لم يصح).

أما كون فعل ما ذكر لعذر يصح على وجه؛ فلأن المأموم منتقل إلى مثل حاله، والإمام منتقل من كونه

---

(١) الممتع ١/٣٢٩

مأموما لتكميل الصلاة في جماعة وذلك أفضل من الانفراد في حقهما.

وأما كونه لا يصح على وجه؛ فلأن كل واحد منهما يثبت له حكم الانفراد بسلام إمامه فصار كالمنفرد ابتداء.

وأما كونه لغير عذر لا يصح؛ فلأن مقتضى الدليل أن لا يصح مطلقا لإحداثه في أثناء صلاته ما لم يكن في أولها. ترك العمل به في موضع العذر على وجه لمكان العذر فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه.

قال: (وإن أحرم إماما لغيبة إمام الحي. ثم حضر في أثناء الصلاة. فأحرم بهم وبنى على صلاة خليفته وصار الإمام مأموما، فهل يصح؟ على وجهين).

أما كون ما ذكر يصح على وجه؛ فلما روى سهل بن سعد قال: «ذهب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى بني عمرو بن عوف ليصلح بينهم. فحانت الصلاة. فصلى أبو بكر. فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس في الصلاة. فخلص حتى وقف في الصف وتقدم [النبي صلى الله عليه وسلم] (١) فصلى ثم انصرف» (٢) متفق عليه.

وأما كونه لا يصح على وجه؛ فلأنه لا حاجة إلى ذلك. وفعل النبي صلى الله عليه وسلم يحتمل أن يكون خاصا به؛ لأن أحدا لا يساويه.

---

(١) زيادة من ج.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٢) ١: ٢٤٢ كتاب الجماعة والإمامة، باب من دخل ليؤم الناس فجاء الإمام الأول فتأخر الآخر أو لم يتأخر.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٤٢١) ١: ٣١٦ كتاب الصلاة، باب تقديم الجاعة من يصلي بهم إذا تأخر الإمام ولم يخافوا مفسدة بالتقديم.." (١)

"ولا بد أن يلحظ في مسنونية إسرار المأموم بالقراءة أن لا يكون ذلك في حال جهر الإمام؛ لأن حال جهره لا يسن للمأموم الإسرار لأنه يسن له الإنصات. والجمع بين مسنونية الإسرار والإنصات متناقض. وأما قول المصنف رحمه الله: بقدر ما يسمع نفسه؛ فليس بقيد في مسنونية ذلك؛ لأنه لو رفع صوته بحيث يسمع من يليه فقط لكان ذلك مسرا آتيا بالمقصود. بل مراده أنه لا يجزئه أقل من ذلك في موضع يجب عليه القراءة. صرح به في **المغني** وعلله بأنه لا يكون كلاما بدون الصوت. والصوت ما يتأتى سماعه وأقرب

---

(١) الممتع ١/٣٤٠

السامعين إليه نفسه.

فإن قيل: هلا حمل قوله ويسر غيره به على أن ذلك هو الواجب لا المسنون. ويكون قوله بقدر ما يسمع نفسه على ظاهره.

قيل: منع منه وجهان:

أحدهما: أنه عطفه على ويجهر الإمام وذلك مسنون فليكن هذا مثله.

والثاني: أن الإسرار إلى هذه الغاية ليس واجبا؛ لأنه لو أتى بما فوق ذلك جاز حتى لو جهر به لكان آتيا بالواجب.

قال: (ويرفع يديه مع ابتداء التكبير. ممدودة الأصابع. مضموما بعضها إلى بعض إلى حذو منكبيه، أو إلى فروع أذنيه).

أما كون المصلي يرفع يديه مع ابتداء التكبير؛ [فلما روى أبو داود بإسناده عن عبدالجبار بن وائل بن حجر قال: حدثني بعض أهل بيتي عن أبي أنه حدثهم «أنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع يديه مع التكبير» (١) رواه أحمد] (٢).

ولأن (٣) ابتداء التكبير أول الشروع في العبادة والرفع أول هيئاتها.

ولأن الرفع هيئة للتكبير فينبغي أن يكون ابتداؤها مع ابتدائه وانتهاؤها مع انتهائه.

وأما كون يديه ممدودة الأصابع؛ فلأن أبا هريرة روى «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا دخل الصلاة رفع يديه مدا» (٤) رواه الترمذي.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٧٢٥) ١: ١٩٣ كتاب الصلاة، باب رفع اليدين في الصلاة.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٨٦٨) ٤: ٣١٦.

(٢) ساقط من ب.

(٣) في ب: ؛ فلأن.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٧٥٣) ١: ٢٠٠ كتاب الصلاة، باب من لم يذكر الرفع عند الركوع.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٤٠) ٢: ٦ أبواب الصلاة، باب ما جاء في نشر الأصابع عند التكبير.." (١)

---

(١) الممتع ١/٣٤٤

"وقال المصنف رحمه الله في **المغني** يقول: أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم لما روى أبو سعيد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «أنه كان إذا قام إلى الصلاة استفتح ثم يقول: أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم» (١) رواه الترمذي.

ثم قال: هذا -يعني حديث أبي سعيد- أشهر حديث في الباب. وقال: هو متضمن للزيادة والأخذ بالزيادة أولى.

قال: (ثم يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم. وليست من الفاتحة. وعنه: أنها منها. ولا يجهر بشيء من ذلك).

أما كون المصلي يقرأ بسم الله الرحمن الرحيم؛ فلما روى نعيم بن المجمر قال: «صليت وراء أبي هريرة. فقرأ: بسم الله الرحمن الرحيم. ثم قرأ بأم الكتاب. وقال: والذي نفسي بيده إني لأشبهكم صلاة برسول الله صلى الله عليه وسلم» (٢) رواه النسائي.

وروى ابن المنذر: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأ في الصلاة: بسم الله الرحمن الرحيم» (٣).

وأما كونها ليست من الفاتحة على المذهب؛ فلما روى أبو هريرة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «قال الله تعالى: قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين فنصفها لي ونصفها لعبدي. ولعبدي ما سأل. فإذا قال العبد: الحمد لله رب العالمين. قال الله تعالى: حمدني عبدي ... الحديث» (٤) رواه مسلم.

ولو كانت بسم الله الرحمن الرحيم آية من الفاتحة لعدها ولبدأ بها. ولما تحقق التنصيف لأن آيات الثناء تكون أربعا ونصفا وآيات الدعاء اثنتين ونصفا. وعلى أنها ليست آية يتحقق ذلك.

وأما كونها منها على رواية؛ فلما روي عن أم سلمة «أن النبي صلى الله عليه وسلم قرأ في الصلاة: بسم الله الرحمن الرحيم. وعدها آية» (٥).

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٤٢) ٢: ٩ أبواب الصلاة، باب ما يقول عند افتتاح الصلاة.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٩٠٥) ٢: ١٣٤ كتاب الافتتاح، قراءة بسم الله الرحمن الرحيم.

(٣) سوف يأتي ذكره عن أم سلمة.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٣٩٥) ١: ٢٩٦ كتاب الصلاة، باب وجوب قراءة الفاتحة ...

(٥) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه (٤٩٣) ١: ٢٤٨ كتاب الصلاة، باب: ذكر الدليل على أن بسم الله الرحمن الرحيم آية من فاتحة الكتاب.." [١]

"قال: (فإن كان مأموما لم يزد على ربنا ولك الحمد إلا عند أبي الخطاب).

أما كون المأموم لا يزيد على قول: ربنا ولك الحمد على المذهب فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر المأموم بالتحميد» (١) واقتصر عليه فلو كانت الزيادة على ذلك مشروعة لأمره به.

وأما كونه يزيد على ذلك عند أبي الخطاب والمراد قول: ملء السماء وملء الأرض وملء ما شئت من شيء بعد؛ فلعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «صلوا كما رأيتموني أصلي» (٢).

ولأنه ذكر مشروع للإمام فشرع للمأموم بالقياس عليه.

وأما التسميع فقال المصنف رحمه الله في **المغني**: لا أعلم خلافا في المذهب أنه لا يشرع له لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا قال الإمام: سمع الله لمن حمده فقولوا: اللهم! ربنا ولك الحمد» (٣).

ولو كان مشروعا لأمره به.

ولأن الفاء للتعقيب فيقتضي أن يلي قول الإمام: سمع الله لمن حمده قول المأموم: ربنا ولك الحمد. وذلك يمنعه من قول: سمع الله لمن حمده.

قال: (ثم يكبر ويخر ساجدا ولا يرفع يديه، فيضع ركبتيه ثم يديه ثم جبهته وأنفه. ويكون على أطراف أصابعه).

أما كون المصلي يكبر للسجود؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر في كل رفع وخفض» (٤).

وأما كونه يخر ساجدا؛ فلقوله تعالى: ﴿واسجدوا﴾ [الحج: ٧٧].

و«لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخر ساجدا» (٥)، وقال: «صلوا كما رأيتموني أصلي» (٦).

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٧٦٣) ١: ٢٧٤ كتاب صفة الصلاة، باب فضل اللهم ربنا ولك الحمد.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٤٠٩) ١: ٣٠٦ كتاب الصلاة، باب التسميع والتحميد والتأمين.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٣٩٦.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٩٩) ١: ٢٥٧ كتاب صفة الصلاة، باب إيجاب التكبير وافتتاح الصلاة.

---

(١) الممتع ١/٣٤٧

وأخرجه مسلم في صحيحه (٤١١) ١: ٣٠٨ كتاب الصلاة، باب ائتمام المأموم بالإمام.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٥٣) ٢: ٣٣ أبواب الصلاة، باب ما جاء في التكبير عند الركوع والسجود.

وأخرجه النسائي في سننه (١٠٨٣) ٢: ٢٠٥ باب التطبيق، باب التكبير للسجود.

وأخرجه أحمد في مسنده (٤٢٢٤) ١: ٤٤٣.

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٠٤) ٢: ١٠٥ أبواب الصلاة، باب منه.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٠٦١) ١: ٣٣٧ كتاب إقامة الصلاة، باب إتمام الصلاة.

(٦) سيأتي تخريجه ص: ٣٩٦.." (١)

"قال: (وله رد المار بين يديه. وعد الآي. والتسبيح. وقتل الحية والعقرب والقملة. ولبس الثوب والعمامة. ما لم يطل. فإن طال الفعل في الصلاة أبطلها عمدا كان أو سهوا إلا أن يفعله متفرقا).

أما كون المصلي له رد المار بين يديه؛ فلما روى أبو سعيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «إذا صلى أحدكم إلى شيء يستره من الناس فأراد أحد أن يجتاز بين يديه فليدفعه. فإن أبى فليقاتله فإنما هو شيطان» (١) متفق عليه.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله: أن له رد المار سواء كان بين يديه سترة فمر دونها أو لم يكن بين يديه سترة فمر قريبا منه بحيث لو مشى إليه ودفعه لم تفسد صلاته. وصرح به في الكافي لأنه موضع سجوده أشبه من نصب سترة.

ولأن المراد بنصب السترة الإعلام بأنه في الصلاة وفي الدفع إعلام صريح.

وقيل: رد المار مختص بمن بين (٢) يديه سترة؛ لأن من لم ينصب سترة مقصر.

وظاهر الحديث يدل على ذلك لأنه شرط في الرد السترة.

وهذا الرد إنما يكون إذا كان للمار سبيل غير ذلك فإن لم (٣) يجد سبيلا لازدحام الناس ونحوه لم يشرع الرد ولا يكره المرور.

وأما كونه له عد الآي والتسبيح في الصلاة؛ فلما روى أنس قال: «رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يعقد الآي بأصابعه عد الأعراب في الصلاة» (٤).

ولأنه عدد مشروع في الصلاة فجاز كعدد الركعات في حق من ينسى ويسهو.

---

(١) الممتع ١/٣٦١

وأما كونه له قتل الحية والعقرب؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقتل الأسودين في الصلاة: الحية والعقرب» (٥) رواه أبو داود.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧) ١: ١٩١ أبواب سترة المصلي، باب يرد المصلى من مر بين يديه.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٥٠٥) ١: ٣٦٢ كتاب الصلاة، باب منع المار بين يدي المصلي.

(٢) ساقط من ب.

(٣) ساقط من ب.

(٤) لم أجده هكذا. وقد أخرج أبو داود في سننه عن عبدالله بن عمرو بن العاص قال: «رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعقد التسبيح بيمينه» (١٥٠٢) ٢: ٨١ كتاب الوتر، باب التسبيح بالحصى.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٩٢١) ١: ٢٤٢ كتاب الصلاة، باب العمل في الصلاة.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٣٩٠) ٢: ٢٣٣ أبواب الصلاة، باب ما جاء في قتل الحية والعقرب في الصلاة، كلاهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.." [١]

"قيل: أقل ما وردت به الأخبار كما قلنا في التحيات؛ لأنها وردت مفسرة للأمر.

وقال القاضي: ظاهر كلام الإمام أحمد أن الصلاة الواجبة على النبي صلى الله عليه وسلم (١) فحسب تمسكا بظاهر الآية.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: إن في الصلاة على الآل وجهان: المذهب أنها لا تجب.

ونص صاحب النهاية فيها أن الأولى وجوب ذلك؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم بين كيفية الصلاة المأمور بها وفيها الصلاة على آله.

وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من صلى صلاة لم يصل فيها علي وعلى أهل بيتي لم تقبل منه» (٢) رواه الدارقطني.

وآل النبي صلى الله عليه وسلم أهل دينه ومن اتبعه؛ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن آل محمد. فقال: كل تقي» (٣) أخرجه تمام في فوائده.

وقيل: آله أهل بيته. وهم بنو هاشم وبنو المطلب. وأنها منقلبة عن همزة.

---

(١) الممتع ٣٨٢/١

ولو أبدل آل محمد بأهل محمد. فقال ابن حامد: لا يجزئ؛ لما فيه من مخالفة الأثر وتغير المعنى.
وقال القاضي: معناهما واحد ويجزئ.
وكذلك لو صغر آل فقال: أهيل.
وقول المصنف رحمه الله: في موضعها؛ معناه في التشهد الأخير بعد الشهادتين؛ لأن ذلك هو موضع التشهد عادة.
وأما كون التسليمة الثانية في رواية من واجباتها؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه وعن يساره: السلام عليكم ورحمة الله» (٤).
وقال: «صلوا كما رأيتموني أصلي» (٥).

---

(١) زيادة من ج.
(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٦) ١: ٣٥٥ كتاب الصلاة، باب ذكر وجوب الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد.
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢: ١٥٢ كتاب الصلاة، باب من زعم أن آل النبي صلى الله عليه وسلم هم أهل دينه عامة. من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه. ولم أقف عليه في القسم المطبوع من فوائد تمام.
(٤) سبق تخريجه ص: ٣٧٤.
(٥) سبق تخريجه ص: ٣٩٦.." [(١)]

"وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تتم صلاة لأحد من الناس حتى يتوضأ -وذكر الحديث إلى قوله-: ثم يكبر ثم يركع حتى تطمئن مفاصله. ثم يقول: الله أكبر ويرفع رأسه حتى يستوي قاعدا. ثم يقول: الله أكبر. ثم يسجد حتى تطمئن مفاصله. ثم يرفع رأسه فيكبر. فإذا فعل ذلك فقد تمت صلاته» (١) رواه أبو داود.
وأما حديث المسيء فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يعلمه كل الواجبات بدليل أنه لم يعلمه التشهد ولا السلام فيحتمل أنه اقتصر في تعليمه على ما رآه أساء فيه.
وأما التسليمة الثانية فقال القاضي: هي أصح. أي الرواية بوجوبها لحديث جابر بن سمرة، ولفعل النبي صلى

---

(١) الممتع ٣٩٨/١

الله عليه وسلم ومداومته عليها.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: الصحيح أنها سنة؛ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم روي عنه أنه كان يسلم تسليمة واحدة» (٢) وكذلك المهاجرون. وذلك دليل عدم الوجوب.

وما روي أنه كان يسلم تسليمتين يحمل على المسنون ليحصل الجمع بين فعليه.

قال: (وسنن الأقوال اثنا عشر: الاستفتاح، والتعوذ، وقراءة بسم الله الرحمن الرحيم، وقول آمين، وقراءة السورة، والجهر، والإخفات، وقول ملء السماء بعد التحميد، وما زاد على التسبيحة الواحدة في الركوع والسجود، وعلى المرة في سؤال المغفرة، والتعوذ في التشهد الأخير، والقنوت في الوتر. فهذه لا تبطل الصلاة بتركها ولا يجب السجود لها. وهل يشرع؟ على روايتين.

وما سوى هذا من سنن الأفعال لا تبطل الصلاة بتركه، ولا يشرع السجود له).

أما كون سنن الأفعال الأشياء المذكورة؛ فلما تقدم في مواضعها.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٨٥٧) ١: ٢٢٦ كتاب الصلاة، باب صلاة من لا يقيم صلبه في الركوع والسجود. من حديث علي بن يحيى بن خلاد عن عمه.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة عن أنس (٣٠٧٢) ١: ٢٦٧ كتاب الصلاة، باب: من كان يسلم تسليمة واحدة.."

(١)

"يرفع -وذكر الحديث إلى أن قال-: ثم نفخ في آخر سجوده فقال: أف أف» (١).

ولأن ما لا يبطل (٢) الصلاة إسراره فلم يبطلها إظهاره كالحرف الواحد.

[وأما كون] (٣) النحيب الذي من غير خشية الله كالكلام؛ فلأنه من جنس كلام الآدميين.

ولم يفرق المصنف رحمه الله هنا بين ما غلب صاحبه وما لم يغلبه.

وقال في **المغني** وصاحب النهاية فيها: أن النحيب إن غلب صاحبه لم يضره لكونه غير داخل في وسعه. ولم يحكيا فيه خلافا.

وأما كون الذي من خشية الله تعالى ليس كالكلام؛ فلما روى عبدالله بن شداد قال: «سمعت نشيج عمر وأنا في آخر الصفوف» (٤).

وعن مطرف بن عبدالله بن الشخير عن أبيه قال: «رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي ولصدره

---

(١) الممتع ١/٤٠٠

أزيز كأزيز المرجل من البكاء» (٥).
وقد مدح الله تعالى بذلك فقال: ﴿إذا تتلى عليهم آيات الرحمن خروا سجدا وبكيا﴾ [مريم: ٥٨].
قال المصنف رحمه الله في **المغني**: ويحتمل [أن ذلك -يعني البكاء لخوف الله تعالى- متى كان عن غير غلبة فسدت -يعني صلاته- ويحمل] (٦) ما ذكر من النصوص وما نقل عن الإمام على ما إذا غلبه أو إذا لم ينتظم منه حرفان بدليل تقييد الإمام أحمد في رواية مهنا البكاء

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١١٩٤) ١: ٣١٠ كتاب الاستسقاء، باب من قال: يركع ركعتين.
وأخرجه النسائي في سننه (١٤٨٢) ٣: ١٣٨ كتاب الكسوف، نوع آخر.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٤٨٣) ٢: ١٥٩.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢: ٢٥٢ كتاب الصلاة، باب ما جاء في النفخ في موضع السجود.
(٢) في ب: ولا ما يبطل.
(٣) ساقط من ب.
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٥٦٥) ١: ٣١٢ كتاب الصلوات، ما يقرأ في صلاة الفجر.
(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٩٠٤) ١: ٢٣٨ كتاب الصلاة، باب البكاء في الصلاة.
وأخرجه النسائي في سننه (١٢١٤) ٣: ١١ كتاب السهو، باب البكاء في الصلاة.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٣٥٥) ٤: ٢٥.
(٦) ساقط من ب.." [1]

"قال: (وإن نسي التشهد الأول ونهض لزمه الرجوع ما لم ينتصب قائما. فإن استتم قائما لم يرجع. وإن رجع جاز. وإن شرع في القراءة لم يجز له الرجوع. وعليه السجود لذلك كله).
أما كون من نسي التشهد الأول ونهض يلزمه الرجوع ما لم ينتصب قائما؛ فلما روى المغيرة بن شعبة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا قام أحدكم في الركعتين فلم يستتم قائما فليجلس ... مختصر» (١) رواه أبو داود وابن ماجة.
ولأنه أخل بواجب وذكر قبل الشروع في ركن مقصود. فلزم الإتيان به، كما لو لم تفارق إليتاه الأرض.
وأما كونه لا يرجع إذا استتم قائما؛ فلأن تتمة حديث المغيرة: «فإذا استتم قائما فلا (٢) يجلس ويسجد

---

(١) الممتع ١/٤١٠

سجدتي السهو».

وأما كونه إذا رجع يجوز؛ فلأن القيام ركن ليس بمقصود في نفسه بل لغيره وهو القراءة فوجب أن يجوز له الرجوع كما لو لم يستتم (٣) قائما.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: ويقوى عندي أنه لا يجوز له الرجوع وهو الصحيح؛ لما تقدم من حديث المغيرة.

ولأن القيام ركن. فلم يجز الرجوع بعد الشروع فيه، كالقراءة.

وما ذكر من أنه ركن ليس بمقصود فممنوع.

وأما كونه لا يجوز له الرجوع إذا شرع في القراءة؛ فلحديث المغيرة المتقدم.

ولما روي عن معاوية: «أنه صلى بالناس فقام في الركعتين وعليه جلوس

فسبح به الناس فأبى أن يجلس. فلما جلس ليسلم سجد سجدتين وهو جالس. ثم قال: رأيت (٤) رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل هذا» (٥) رواه الآجري (٦).

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٠٣٦) ١: ٢٧٢ كتاب الصلاة، باب من نسي أن يتشهد وهو جالس.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٢٠٨) ١: ٣٨١ كتاب إقامة الصلاة، باب ما جاء فيمن قام من اثنتين ساهيا.

(٢) ساقط من ب.

(٣) في ب: أن يستتم.

(٤) ساقط من ب.

(٥) أخرجه الدارقطني في سننه (٤) ١: ٣٧٥ كتاب الصلاة، باب إدبار الشيطان من سماع الأذان وسجدتي السهو قبل السلام.

(٦) في ب: رواية أخرى.." (١)

"وأما كونه يشفع الوتر بأخرى إذا أحب متابعة الإمام فأوتر معه؛ فلأنها نافلة والمسنون في النوافل أن تكون مثنى.

---

(١) الممتع ١/٤١٤

قال: (ويكره التطوع بين التراويح. وفي التعقيب روايتان. وهو أن يتطوع بعد التراويح والوتر في جماعة).

أما كون التطوع بين التراويح يكره: أما للإمام فلما فيه من التطويل على المأمومين. وأما للمأموم فلتركه متابعة إمامه.

ولأن في ذلك قلة مبالاة بإمامه.

وأما كون التعقيب لا يكره في رواية؛ فلأن أنسا قال: «ما ترجعون إلا لخير ترجونه أو لشر تحذرونه».

وأما كونه يكره في رواية؛ فلأنه مخالف لأمره صلى الله عليه وسلم في قوله: «اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا» (١).

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو أن يتطوع ... إلى آخره؛ فبيان لمعنى التعقيب، وظاهره وظاهر كلامه في **المغني** أن الكراهة مختصة بمن يتطوع بعدهما في جماعة.

وقال صاحب النهاية فيها: لا فرق في ذلك بين الجماعة والمنفرد.

والأصح أنه لا يكره مطلقا لما تقدم.

وكذلك قال المصنف في **المغني**: إلا أنه -يعني القول بالكراهة- قول قديم والعمل على ما رواه الجماعة. ويعضده «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي بعد الوتر ركعتين وهو جالس» (٢).

---

(١) سبق تخريجه قبل قليل.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١١٠٦) ١: ٣٨٨ أبواب التهجد، باب المداومة على ركعتي الفجر.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٧٣٨) ١: ٥٠٩ كتاب صلاة المسافرين، باب صلاة الليل وعدد ركعات النبي صلى الله عليه وسلم في الليل ...

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١١٩٥) ١: ٣٧٧ كتاب إقامة الصلاة، باب ما جاء في الركعتين بعد الوتر جالسا.." [١]

"قال: (ولا يستحب للإمام السجود في صلاة لا يجهر فيها. فإن فعل فالمأموم مخير بين اتباعه وتركه).

أما كون الإمام لا يستحب له السجود في صلاة لا يجهر فيها إذا قرأ سجدة فلما في ذلك من الالتباس على المأمومين لأنهم يظنونه سها عن الركوع.

---

(١) الممتع ٤٣٥/١

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: اتباع النبي صلى الله عليه وسلم أولى. فإنه روي «أنه صلى الله عليه وسلم سجد في الظهر. ثم قام فركع. فرأى أصحابه أن قرأ سورة السجدة» (١) رواه أبو داود.

وقوله: لا يستحب للإمام منقول عن بعض أصحابنا. كذا ذكره في **المغني**. ولم يعزه إلى الإمام.

وأما كون المأموم مخير بين اتباع إمامه إذا فعل ذلك وبين تركه على ما ذكره المصنف رحمه الله: أما الاتباع؛ فلقوله صلى الله عليه وسلم: «فإذا سجد فاسجدوا» (٢).

وأما الترك؛ فلأن الإمام فعل مكروها في صلاته فناسب أن لا يتبع.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: وإذا سجد الإمام سجد المأموم.

وقال بعض أصحابنا: هو مخير بين اتباعه وتركه. والأولى اتباعه.

فظاهر الأول أنه واجب اتباعه. وهو صحيح لعموم الأدلة في وجوب متابعة الإمام.

قال: (ويستحب سجود الشكر عند تجدد النعم، واندفاع النقم. ولا يسجد له في الصلاة).

أما كون سجود الشكر يستحب عند تجدد النعم واندفاع النقم فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم سجد. فسأله عبدالرحمن بن عوف عن ذلك. فقال: أتاني جبريل عليه السلام

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٨٠٧) ١: ٢١٤ كتاب الصلاة، باب قدر القراءة في صلاة الظهر والعصر.

وأخرجه أحمد في مسنده (٥٥٣١) ط إحياء التراث.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٩٥.." (١)

"وقال أبو الخطاب: الجواز فيما له سبب أصح لما ذكر من الحديث.

ولأنها صلاة لها سبب فجاز فعلها كركعتي الطواف.

وقال القاضي: الصحيح من الروايتين أن ذلك لا يفعل لعموم النهي.

ولأن النهي عن ذلك نهي تحريم يحصل بفعله الإثم. وما ذكر من أدلة ومن الأمر المراد به ندب واستحباب، وترك المندوب أولى من فعل المحظور لما فيه من الاحتياط.

والصحيح ما ذهب إليه القاضي لأن حديث تحية المسجد وصلاة الكسوف عام بالنسبة إلى الوقت، وحديث النهي خاصة بالنسبة إليه فوجب تقديمه، وكذا الأمر بسجود التلاوة لما ذكر.

ونص المصنف رحمه الله في **المغني** في صلاة الكسوف: أن النافلة لا تصلى في أوقات النهي سواء كان

---

(١) الممتع ١/٤٤٣

لها سبب أو لم يكن. ووجهه ما تقدم.

وأما حديث أم سلمة فإن تتمته أنها قالت لما قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: «هما ركعتان كنت أصليهما بعد الظهر: أنقضيها إذا فاتتنا؟ فقال: لا» (١) رواه مسلم.

وهذا يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ذلك خاصا به فلا دلالة إذا على جواز ما ذكر.

وحديث قيس إن دل على الجواز لأنه عليه السلام سكت فما ذكرناه منطوق وهو راجح على دلالة السكوت.

ولأن أبا هريرة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم: «من لم يصل ركعتي الفجر فليصلهما بعد ما تطلع الشمس» (٢) رواه الترمذي.

---

(١) أصل الحديث في الصحيح كما تقدم ولم أجد هذه التتمة فيه، وقد أخرجها أحمد في مسنده (٢٦٧٢٠) ٦: ٣١٥.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٤٢٣) ٢: ٢٨٧ أبواب الصلاة، باب ما جاء في إعادتهما بعد طلوع الشمس.." (١)

"ولأنه متى فعل ذلك متعمدا فقد ارتكب النهي وخالف الأمر. وذلك يقتضي الفساد.

ومقتضى هذا التعليل أنه متى سابقه عمدا في ركوع أو سجود أو رفع بطلت صلاته. ونقله ابن عقيل رواية.

وذكر المصنف رحمه الله في **الكافي**: أنه ظاهر كلام الإمام أحمد رحمة الله عليه لأنه قال: لو كان له صلاة لرجي له الثواب ولم يخش عليه العقاب. إشارة منه إلى قوله عليه السلام: «أما يخشى الذي يرفع رأسه قبل الإمام أن يحول الله رأسه رأس حمار» (١) متفق عليه.

وأما كونها لا تبطل عند القاضي؛ فلأنه شارك إمامه في الركن المقصود وإنما فارقه في الانحناء وليس بمقصود لأنه وسيلة إلى المقصود والاتفاق في المقصود مع الافتراق في الوسيلة لا يضر كما لو سابقه في الأقوال.

قال: (فإن ركع ورفع قبل ركوع إمامه عالما عمدا فهل تبطل صلاته؟ على وجهين. وإن كان جاهلا أو ناسيا لم تبطل صلاته. وهل تبطل الركعة؟ على روايتين).

أما كون صلاة من ركع ورفع قبل إمامه مع علمه بكونه مبطلا وعمده كذلك تبطل صلاته على وجه؛ فلأنه سبق بركن كامل وهو معظم الركعة أشبه ما لو سبقه في السلام.

---

(١) الممتع ١/٤٥٠

وأما كونها لا تبطل على وجه فكما لو ركع أو رفع.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٩) ١: ٢٤٥ كتاب الجماعة والإمامة، باب إثم من رفع رأسه قبل الإمام.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٤٢٧) ١: ٣٢٠ كتاب الصلاة، باب تحريم سبق الإمام بركوع أو سجود ونحوهما.." (١)

"وذكر المصنف رحمه الله في **المغني** هذين الوجهين روايتين.

والحكم في أقطع الرجلين أو إحداهما أو إحدى اليدين كالحكم في أقطع اليدين لاتحاد الكل في الإخلال بعضو وعدمه بما هو ركن.

قال: (ولا تصح الصلاة خلف كافر، ولا أخرس، ولا من به سلس البول، ولا عاجز عن الركوع والسجود والقعود).

أما كون الصلاة لا تصح خلف كافر؛ فلأن الصلاة تفتقر إلى النية وكذا الوضوء. والنية فيهما لا تصح من الكافر. وسواء علم بكفره في الصلاة أو بعد الفراغ منها لأن أمارات الكفر لا تخفى غالبا فكأنه إذا لم يعلم يعد مقصرا.

وأما كونها لا تصح خلف أخرس؛ فلأنه مأيوس من قراءته فقد فات ركن من أركان الصلاة على وجه لا يرجى وجوده فلم تصح الصلاة خلفه كالعاجز عن الركوع والسجود.

فعلى هذا لا فرق بين كون المأموم أخرس أو ناطقا لما ذكر من فوات الركن الذي هو القراءة.

وذكر المصنف رحمه الله في **الكافي** أنه يصح إمامة الأخرس بمثله لاستوائهما في فوات الركن. أشبه إمامة الأمي بمثله.

وأما كونها لا تصح خلف من به سلس البول؛ فلأن في صلاته خللا غير مجبور ببدل.

ولأنه محدث حامل للنجاسة أشبه ما لو صلى خلف محدث يعلم بحدثه.

فإن قيل: فلم صحت صلاته في نفسه؟

قيل: للضرورة.

---

(١) الممتع ١/٤٦٢

وأما كونها لا تصح خلف عاجز عن الركوع والسجود والقعود؛ فلأنه أخل بركن لا يسامح به في النافلة فلم يجز للقادر عليه الائتمام به كالقارئ بالأمي.." [(١)]

"ونقل أبو الخطاب عن أصحابنا: أنه (١) يجوز أن تكون المرأة إمامة للرجال في التراويح خاصة؛ لما روى عبدالرحمن بن خلاد عن أم ورقة بنت عبدالله بن الحارث «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل لها مؤذنا يؤذن لها. وأمرها أن تؤم أهل دارها» (٢) رواه أبو داود.

وهذا عام في الرجال والنساء.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه لا يجوز أن تؤم في ذلك ولا في غيره. وصرح به في **المغني**.

وأجاب عن حديث أم ورقة أن في رواية الدارقطني «أن تؤم بنساء أهل دارها» (٣). فيحمل المطلق على المقيد.

وذكر صاحب النهاية فيها «أن أم ورقة قالت: يا رسول الله! صلى الله عليه وسلم إني امرأة أصلي بأهل بيتي لأني أحفظ القرآن وهم لا يحفظون. فقال: قدمي الرجال أمامك وقومي فصلي بهم من ورائهم. وقومي مع النساء» وهذا تصريح بإمامة المرأة للرجل لا احتمال فيه ولا إطلاق.

فعلى قول المصنف رحمه الله لا كلام فيه (٤)، وعلى نقل أبي الخطاب: يشترط في المأموم أن يكون ممن يجوز له سماع كلامها. ذكره صاحب النهاية فيها لأن المأموم إذا كان أجنبيا حرم عليه سماع كلامها. والإمام لا مندوحة له عن الكلام إما في التكبير وإما في القراءة.

وأما كون إمامة المرأة (٥) للخناثى لا تصح فلجواز أن يكونوا رجالا وقد تقدم أنه لا يصح إمامة المرأة للرجال.

وأما كون إمامة الخنثى للرجال لا تصح؛ فلجواز كون الإمام امرأة والمأموم رجلا [وقد تقدم أنه لا يصح أن تكون المرأة إماما للرجل.

---

(١) زيادة من ج.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٥٩٢) ١: ١٦١ كتاب الصلاة، باب إمامة النساء.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١) ١: ٤٠٣ كتاب الصلاة، باب صلاة النساء جماعة وموقف إمامهن.

---

(١) الممتع ٤٧٢/١

(٤) ساقط من ب.

(٥) مثل السابق.." [١]

"ويمكن الجواب عنه بأن الظاهر من حاله أنه بلغ النبي صلى الله عليه وسلم عليه فأقره] (١). والعمل بالظاهر متعين.

قال: (ولا تصح إمامة محدث ولا نجس يعلم ذلك. فإن جهل هو والمأموم حتى قضوا الصلاة صحت صلاة المأموم وحده).

أما كون إمامة المحدث والنجس العالمين بحالهما لا تصح؛ فلأن الطهارة من الحدث والنجس شرط لصحة الصلاة فضلا عن الإمامة وهو مفقود هنا فلم يصح لفوات الشرط.

وأما كون المأموم تصح صلاته إذا جهل هو والإمام (٢) إلى فراغ صلاته؛ فلما روى البراء بن عازب قال: «صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوم وليس هو على وضوء فتمت للقوم وأعاد النبي صلى الله عليه وسلم» (٣).

وروى البراء أيضا عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا صلى الإمام بالقوم وهو على غير وضوء أجزأت صلاة القوم ويعيد» (٤).

وأما قول المصنف رحمه الله: وحده؛ ففيه تنبيه على أن صلاة الإمام لا تصح وهو صحيح. صرح به في **المغني** وغيره.

ووجهه ما تقدم من الحديث في قوله: «وأعاد النبي صلى الله عليه وسلم» وفي قوله: «ويعيد».

---

(١) ساقط من ب.

(٢) في ب: الإمام.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢: ٤٠٠ كتاب الصلاة، باب إمامة الجنب.

وأخرجه الدارقطني في سننه (٦) ١: ٣٦٣ كتاب الصلاة، باب صلاة الإمام وهو جنب أو محدث. من رواية جويبر بن سعيد عن الضحاك بن مزاحم عن البراء. وفيه عيسى بن عبدالله وجويبر ضعيفان. وسنده منقطع لأن الضحاك لم يلق البراء.

---

(١) الممتع ١/٤٧٥

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (٧) ١: ٣٦٣ كتاب الصلاة، باب صلاة الإمام وهو جنب أو محدث.."

(١)

"وعن الإمام أحمد أن الصبي لا يكون صفا في النافلة قياسا على الفريضة.

والحديث يرده.

قال: (ومن جاء فوجد فرجة وقف فيها. فإن لم يجد وقف عن يمين الإمام. فإن لم يمكنه فله أن ينبه من يقوم معه).

أما كون من جاء فوجد فرجة يقف فيها؛ فلقوله صلى الله عليه وسلم: «إن الله وملائكته يصلون على الذين يصلون الصفوف» (١).

والفرجة: بضم الفاء هي الخلل في الصف.

وأما كون من لم يجد فرجة يقف عن يمين الإمام؛ فلأنه موقف الواحد.

وأما كون من لم يمكنه ذلك له أن ينبه من يقوم معه فلما في ذلك من حصول من يقف معه.

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله: أنه ليس له أن يحدث من يجذب إليه. وصرح به أبو الخطاب.

وقال ابن عقيل: جوز أصحابنا جذبه.

والأول أصح؛ لما فيه من التصرف في الغير بغير إذنه.

قال المصنف في **المغني**: ولأصحابنا أن يقولوا ليس في جذبه برفق تصرف وإنما هو تنبيه إن خرج وإلا لم يكره. ومثل هذا يسامح فيه أ شبه السجود على ظهر الرجل في الزحام.

قال: (فإن صلى فذا ركعة لم تصح. وإن ركع فذا ثم دخل في الصف أو وقف معه آخر قبل رفع الإمام صحت صلاته. وإن رفع ولم يسجد صحت. وقيل إن علم النهي لم تصح، وإن فعله لغير عذر لم تصح).

أما كون من صلى ركعة كاملة فذا لا تصح صلاته؛ فلما تقدم من حديث وابصة بن معبد (٢). ومن قوله: «لا صلاة لفرد خلف الصف» (٣).

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٤٦٣١) ٦: ٨٩. عن عائشة رضي الله عنها.

---

(١) الممتع ١/٤٧٧

(٢) ر. ص: ٤٨٣.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٨٣.." [١]

"وفي قوله: إن علم إشعار بأن الصلاة تصح مع الجهل وهو صحيح؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر أبا بكرة بالإعادة.

وعن أحمد: لا تصح مع الجهل لأنه ركع فذا فلم تصح كما لو لم يدخل في الصف.

وأما كون من ركع دون الصف ثم دخله لغير عذر مثل أن يكون غير خائف فوات الركعة أو عالما بإطالة الإمام ونحو ذلك لا تصح صلاته؛ فلأن الرخصة وردت في المعذور فلا يلحق به غيره.

وقيل: حكمه حكم من خاف الفوات لأن الموقف لا يختلف بخيفة الفوات وعدمه.

قال: (وإذا كان المأموم يرى من وراء الإمام صحت صلاته إذا اتصلت الصفوف. فإن لم ير من وراءه لم تصح. وعنه تصح إذا كانا في المسجد).

أما كون المأموم إذا كان يرى من وراء الإمام تصح صلاته إذا اتصلت الصفوف؛ فلانتفاء عدم الرؤية وعدم الاتصال المفسدين.

ولأن المأموم إذا كان شأنه ما ذكر أمكنه الاقتداء بإمامه من غير خلل فوجب أن تصح صلاته كمن صلى في الصف الأول.

ولا بد أن يلحظ أن اتصال الصفوف فيمن صلى معه في المسجد غير معتبر. ذكره المصنف في **المغني** وغيره من الأصحاب.

قال أبو الحسن الآمدي: لا خلاف في المذهب أنه لا يعتبر اتصال الصفوف في المسجد.

وكلام المصنف رحمه الله مشعر باشتراطه فيجب حمله على ما إذا صلى بصلاة الإمام خارج المسجد.

وإنما لم يعتبر الاتصال في المسجد؛ لأن المصلين فيه مع الاقتداء يعدون مجتمعين في البعد والقرب.." [٢]

"وإنما اعتبر الاتصال في خارج المسجد؛ لأن المكان ليس معدا للاجتماع فاشترط الاتصال ليحصل ذلك. والاتصال مقدر بالعرف؛ لأنه لا توقيف فيه، وهو تارة يكون بين المأموم وبين إمامه وتارة بينه وبين من ورائه.

---

(١) الممتع ١/٤٨٧

(٢) الممتع ١/٤٨٩

وأما كون من لم ير من وراء الإمام وهو متصل مع إمامه في المسجد لا تصح صلاته على رواية فلقول عائشة رضي الله عنها لنساء كن في حجرتها: «لا تصلين بصلاة الإمام فإنكن دونه في حجاب» فعللت النهي بالحجاب وهو موجود هنا.

ولأن المتابعة في الأفعال لا تمكن بمجرد التكبير لأنه قد يسهو ويسجد للتلاوة.

ولأن الرؤية معتبرة فيمن صلى خارج المسجد وفاقا على الأصح فليكن هاهنا كذلك بالقياس عليه.

وأما كونها تصح على رواية إذا سمع التكبير؛ فلأن المسجد موضع الجماعة فلا تضر عدم الرؤية مع سماع التكبير كمن صلى عن يمين المنبر. والسهو وسجود التلاوة الأصل عدمهما.

فإن قيل: ليس في كلام المصنف رحمه الله اشتراط سماع التكبير.

قيل: اشترطه في **المغني**. ولا بد منه لأنه إذا انتفت الرؤية والسماع لم تمكن المتابعة.

فإن قيل: الصحيح من الروايتين ماذا؟

قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا وفي **المغني** الأول. وصرح صاحب النهاية في خلاصته بذلك.

وقال ابن عقيل: الأصح الصحة لما تقدم.

وأما كون من لم ير من وراء الإمام لا تصح صلاته إذا كان خارج المسجد والإمام فيه؛ فلما تقدم من حديث عائشة رضي الله عنها المتقدم.

قال صاحب النهاية فيها: يشترط مشاهدة من وراء الإمام في حق من صلى خارج المسجد بغير خلاف في المذهب نعلمه.

ومراده الفرض لأن النفل اختلفت الرواية فيه لأنه سومح فيه ما لم يسامح في غيره.

قال القاضي أبو يعلى: الصحيح عندي المنع.." (١)

"أحدهما: أن يكون معه أهله.

وثانيهما: أن لا ينوي الإقامة ببلد.

فإن اختل شرط منهما كان له الترخص لأن عدم جوازه لشبهه بالمقيم. وعند انتفاء شرط مما ذكر يخرج عن الشبه فيجب أن يدخل في عموم الأدلة المجوزة للقصر (١) السالمة عن معارضة الشبه بالمقيم.

وقال القاضي: لا يشترط أن يكون مع الملاح أهله؛ لأن بعدم نيته الإقامة ببلد يشبه المقيم.

وليس بجيد لأن الشبه لا يحصل حقيقة إلا بمجموع الأمرين.

---

(١) الممتع ١/٤٩٠

فإن قيل: المكاري والفيج -وهو الساعي- ما حكمهما؟

قيل: قال القاضي: هما كالملاح لمشاركتهما له في المعنى.

وقال المصنف رحمه الله في **الكافي**: إباحة القصر لهما أظهر لدخولهما في عموم النص.

وامتناع قياسهما على الملاح؛ لأنهما لا يمكنهما استصحاب الأهل، ومصالح المنزل في السفر، وزيادة المشقة.

---

(١) في ب: الرخص.." (١)

"وأما كونه يشترط أن لا يفرق بينهما فرقة طويلة؛ فلأن معنى الجمع المتابعة أو المقارنة فإذا فرق بينهما بذلك لم يحصل ذلك.

وإنما لم يشترط أن لا يفرق بينهما فرقة يسيرة لأن اليسير معفو عنه.

والمفارقة الطويلة واليسيرة معتبرة بالعرف. وقدره الأصحاب بالإقامة والوضوء.

قال المصنف في **المغني**: الصحيح أنه غير مقدر بما ذكر لأن ما لم يرد الشرع بتقديره يجب الرجوع فيه إلى العرف كالحرز والقبض.

وأما كون من صلى السنة بينهما يبطل بها الجمع في رواية؛ فلأنه فرق بينهما بالصلاة فبطل بها الجمع كما لو صلى بينهما فرضا.

وأما كونه لا يبطل بها في رواية؛ فلأن السنة تابعة للصلاة فلم يقع الفعل بالأجنبي أشبه الوضوء والإقامة.

وأما كونه يشترط أن يكون العذر موجودا عند افتتاح الصلاتين وسلام الأولى؛ فلأن افتتاح الأولى موضع النية وفراغها وافتتاح الثانية موضع الجمع فوجب وجود العذر في هذه المواضع.

قال:)وإن جمع في وقت الثانية كفاه نية الجمع في وقت الأولى ما لم يضق عن فعلها. واستمرار العذر إلى دخول وقت الثانية منهما (١) ولا يشترط غير ذلك).

أما كون نية الجمع في وقت الأولى ما لم يضق عن فعلها. واستمرار العذر إلى دخول وقت الثانية. ولا يشترط غير ذلك:

أما كون نية الجمع في وقت الأولى ما لم يضق عن فعلها يشترط إذا جمع في وقت الثانية؛ فلأنه متى أخرها عن ذلك بغير نية صارت قضاء.

---

(١) الممتع ١/٥١١

وأما كون استمرار العذر إلى دخول وقت الثانية [فلأن المبيح العذر. فإذا لم يستمر وجب أن لا يباح الجمع لزوال المقتضي للإباحة.

فعلى هذا لو كان مريضا فبرئ، أو مسافرا فقدم، أو انقطع المطر قبل دخول وقت الثانية] (٢) لم يجز له الجمع لزوال المجوز له.

---

(١) ساقط من ب.

(٢) ساقط من ب.." (١)

"آخرين. وهو: أن لا يخافوا كمينا لهم. وأن يكون في المسلمين كثرة بحيث يحرس بعضهم ويصلي بعض؛ لأن المقصود لا يحصل بدونهما.

قال: (الوجه الثاني: إذا كان العدو في غير جهة القبلة جعل طائفة حذاء العدو وطائفة تصلي معه ركعة. فإذا قاموا إلى الثانية ثبت قائما وأتمت لأنفسها أخرى وسلمت ومضت إلى العدو وجاءت الأخرى فصلت معه الركعة الثانية. فإذا جلس للتشهد أتمت لأنفسها أخرى وتشهدت وسلم بهم).

أما كون الوجه الثاني من الوجوه المذكورة؛ فلما روى صالح بن خوات عمن صلى مع النبي صلى الله عليه وسلم صلاة الخوف يوم ذات الرقاع: «أن طائفة صلت معه وطائفة وجاه العدو [فصلى بالتي معه ركعة ثم ثبت قائما ثم أتموا لأنفسهم ثم انصرفوا وصفوا وجاه العدو] (١) وجاءت الطائفة الأخرى فصلى بهم الركعة التي بقيت من صلاته. ثم ثبت جالسا فأتموا لأنفسهم. ثم سلم بهم» (٢) متفق عليه.

والذي صلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهل بن أبي حثمة.

وأما ما يشترط لهذا الوجه فأمور:

أحدها: أن يكون العدو في غير جهة القبلة لأن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذات الرقاع كانت كذلك.

ولأنه حينئذ يحتاج إلى التفريق لأنهم إذا كانوا في جهة القبلة وعلم أنهم لا يتجاسرون أن يميلوا عليهم ميلة واحدة أمكن استقبالهم فلا حاجة إلى التفريق.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: أن الأثرم قال: قلت لأحمد: حديث سهل نستعمله مستقبلين كانوا أو مستدبرين؟ قال: نعم. هو أنكى للعدو.

---

(١) الممتع ١/٥١٦

(١) ساقط من ب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٠٠) ٤: ١٥١٣ كتاب المغازي، باب غزوة ذات الرقاع.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٤٢) ١: ٥٧٥ كتاب صلاة المسافرين، باب صلاة الخوف.." (١)

"والأخرى تتم بالحمد لله وسورة. وهل تفارقه الأولى في التشهد الأول أو في الثالثة؟ على وجهين).

أما كون مصلي المغرب يصلي بالطائفة الأولى ركعتين وبالثانية ركعة؛ فلأنه إذا لم يكن بد من تفضيل إحدى الطائفتين فالسابقة أولى.

ولأنه ينجبر ما فات الثانية بأنها تفعل جميع الصلاة في حكم الإتمام والأولى تفارقه فتأتي ببعض الصلاة في حكم الانفراد.

وهذا الذي ذكره المصنف رحمه الله هو الأولى.

ولو صلى بالأولى ركعة وبالثانية ركعتين جاز؛ لأن عليا فعله ليلة الهرير (١).

ولأنه لم يزد على انتظارين ورد الشارع بهما.

وأما كون مصلي الرباعية غير المقصورة يصلي بكل طائفة ركعتين؛ فلأن في ذلك تسوية بين الطائفتين.

والمراد بذلك الأولوية كما تقدم في المغرب (٢). فلو صلى بالأولى ركعة وبالثانية ثلاثا أو بالعكس صح لما تقدم من أنه لم يزد على انتظارين ورد الشارع بهما.

وفي صلاة الإمام بكل طائفة ركعتين إشعار بأمرين:

أحدهما: جواز صلاة الخوف للمقيم. وهو صحيح صرح به المصنف رحمه الله في **المغني**، وصاحب النهاية فيها.

ووجهه عموم قوله تعالى: ﴿وإذا كنت فيهم ... الآية﴾ [النساء: ١٠٢].

وثانيهما: أن للمسافر أن يتم فيصلي بكل طائفة ركعتين.

وأما كون الأولى تتم بالحمد لله في كل ركعة بلا سورة؛ فلأن ما أدركت مع الإمام أول صلاتها وصلاته فإذا المقضي آخرها والآخر لا يزاد فيه على الحمد لله.

وأما كون الأخرى تتم بالحمد لله وسورة فهو مبني على أن ما يقضيه المسبوق أول صلاته. والأول يقرأ فيه الحمد وسورة.

---

(١) الممتع ١/٥٢٠

(١) سبق تخريجه ص: ٥١٨.

(٢) في ب: المغرم.." (١)

"قال المصنف رحمه الله في **الكافي**: كلام أحمد يقتضي أن يكون هذا من الوجوه الجائزة إلا أن أصحابه قالوا: لا تأثير للخوف في عدد الركعات فدل على أن هذا ليس بمذهب له.

قال: (ويستحب أن يحمل معه في الصلاة من السلاح ما يدفع به عن نفسه ولا يثقله كالسيف والسكين. ويحتمل أن يجب ذلك).

أما كون حمل ما ذكر يستحب؛ فلقوله تعالى: ﴿وليأخذوا أسلحتهم﴾ [النساء: ١٠٢].

فإن قيل: الأمر للوجوب فلم لم يجب؟

قيل: لأن حمل السلاح يراد لحراسة أو قتال والمصلي لا يتصف بواحدة منهما.

ولأنه لو كان واجبا في الصلاة لكان تركه قادحا في صحتها وهو خلاف الإجماع.

وأما كونه يحتمل أن يجب ذلك؛ فلظاهر الأمر.." (٢)

"قال: (الثالث: حضور أربعين من أهل القرية في ظاهر المذهب. وعنه تنعقد بثلاثة. فإن نقصوا قبل إتمامها استأنفوا ظهرا. ويحتمل أنهم إن نقصوا قبل ركعة أتموا ظهرا. وإن نقصوا بعد ركعة أتموا جمعة).

أما كون ثالث شروط صحة الجمعة حضور أربعين من أهل القرية في ظاهر المذهب فلما يأتي.

وأما كونها تنعقد بثلاثة على رواية؛ فلأن ذلك أقل الجمع.

وروي عن الإمام أحمد أنها لا تنعقد إلا بخمسين لما روى أبو أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: [«على الخمسين جمعة» (١).

والصحيح في المذهب الأول؛ لما روي عن جابر رضي الله عنه أنه قال] (٢): «مضت السنة أن في كل أربعين فما فوقها جمعة» (٣) رواه الدارقطني.

وقول الصحابي ذلك ينصرف إلى سنة النبي صلى الله عليه وسلم.

ولأن أسعد بن زرارة لما جمع كانوا أربعين.

وروى أبو الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إذا اجتمع أربعون رجلا فعليهم الجمعة».

---

(١) الممتع ١/٥٢٢

(٢) الممتع ١/٥٢٥

وأما كونهم إذا نقصوا عن العدد المشترط قبل إتمامها يستأنفون ظهرا؛ فلأن العدد المذكور شرط فاعتبر في جميع الصلاة كالطهارة.

وأما كونه يحتمل أنهم إن نقصوا قبل ركعة يتمون ظهرا وإن نقصوا بعد ركعة يتمون جمعة؛ فلأن من أصلنا أن الجمعة تدرك بركعة (٤). فإذا نقصوا وقد صلوا أقل من

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٣) ٢: ٣ كتاب الجمعة، ذكر العدد في الجمعة.

(٢) ساقط من ب.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (١) ٢: ٣ كتاب الجمعة، ذكر العدد في الجمعة.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٣: ١٧٧ كتاب الجمعة؛ باب العدد الذين إذا كانوا في قرية وجبت عليهم الجمعة.

قال صاحب التعليق **المغني** على الدارقطني: وفيه: عبدالعزيز بن عبدالرحمن. قال أحمد: اضرب على حديثه، فإنها كذب أو موضوعة، وقال النسائي: ليس بثقة، وقال الدارقطني: منكر الحديث، وقال ابن حبان: لا يجوز أن يحتج به، وقال البيهقي: هذا الحديث لا يحتج بمثله.

(٤) في ب: ركعة.." (١)

"وقال المصنف في **المغني**: وإن قرأ في الثانية بالغاشية فحسن «لأن الضحاك ابن قيس سأل النعمان بن بشير ماذا كان يقرأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الجمعة على إثر سورة الجمعة قال: بـ ﴿هل أتاك حديث الغاشية﴾ [الغاشية: ١]» (١) أخرجه مسلم.

وقال: وإن قرأ في الأولى بسبح كان حسنا لأن سمرة بن جندب روى «أنه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في صلاة الجمعة بـ ﴿سبح اسم ربك﴾ [الأعلى: ١] و ﴿هل أتاك حديث الغاشية﴾ [الغاشية: ١]» (٢) رواه أبو داود والنسائي.

قال: (وتجوز إقامة الجمعة في موضعين من البلد للحاجة. ولا يجوز مع عدمها. فإن فعلوا فجمعة الإمام هي الصحيحة. فإن استوتا فالثانية باطلة. فإن وقعتا معا أو جهلت الأولى بطلتا معا).

أما كون الجمعة تجوز إقامتها في موضعين من البلد للحاجة؛ مثل: أن يكون البلد كبيرا؛ كبغداد وأصبهان ونحوهما، أو يكون المسجد ضيقا، أو يخاف الفتنة كالتي بين القبائل؛ فلأنها صلاة شرع لها الاجتماع

---

(١) الممتع ١/٥٤٠

والخطبة. فجاز فعلها في موضعين مع الحاجة؛ كصلاة العيد.

وقد ثبت «أن عليا كان يخرج يوم العيد إلى المصلى ويخلف على ضعفة الناس أبا مسعود البدري فيصلي بهم» (٣).

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٨٧٨) ٢: ٥٩٨ كتاب الجمعة، باب ما يقرأ في صلاة الجمعة، نحوه.

وأخرجه أبو داود في سننه (١١٢٢) ١: ٢٩٣ كتاب الصلاة، باب ما يقرأ به في يوم الجمعة، واللفظ له.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١١٢٥) ١: ٢٩٣ كتاب الصلاة، باب ما يقرأ به يوم الجمعة.

وأخرجه النسائي في سننه (١٤٢٢) ٣: ١١١ كتاب الجمعة، القراءة في صلاة الجمعة بسبح اسم ربك الأعلى، وهل أتاك حديث الغاشية.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى من طريق أبي قيس عن هزيل «أن عليا أمر رجلا يصلي بضعفة الناس في المسجد أربعا» ٣: ٣١٠ كتاب صلاة العيدين، باب: الإمام يأمر من يصلي بضعفة الناس العيد في المسجد.

وأخرجه ابن أبي شيبة عن أبي قيس قال: أظنه عن هزيل، نحو لفظ البيهقي، وزاد بعد قوله: أربعا: كصلاة الهجير. (٥٨١٥) ٣: ٥ كتاب الصلاة، القوم يصلون في المسجد كم يصلون؟ .

وأخرج النسائي في سننه عن ثعلبة بن زهدم «أن عليا استخلف أبا مسعود على الناس فخرج يوم عيد. فقال: يا أيها الناس إنه ليس من السنة أن يصلى قبل الإمام». (١٥٦١) ٣: ١٨١ كتاب صلاة العيدين، الصلاة قبل الإمام يوم العيد.." (١)

"ولأنها ظهر مقصورة فينبغي أن يصلي بعدها شيئا ليكون ذلك عن ركعتين قبلها وركعتين بعدها وركعتين تمامها.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: المختار أن يصلى أربعا لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم «من كان مصليا بعد الجمعة فليصل بعدها أربعا» (١) رواه مسلم.

فإن قيل: لم يكون الأخذ بهذا الحديث أولى؟

قيل: لوجوه:

أحدها: أنه أمر. ودلالة الأمر على تأكيد الشيء أقوى من الفعل.

---

(١) الممتع ١/٥٥٢

الثاني: أنه قول النبي صلى الله عليه وسلم. ودلالة الست قول علي.

الثالث: أن قول النبي صلى الله عليه وسلم معتضد بقول صحابي وهو ابن مسعود.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٨٨٢) ٢: ٦٠٠ كتاب الجمعة، باب الصلاة بعد الجمعة.." [١]

"قال: (ثم ينشفه بثوب. فإن خرج منه شيء بعد السبع حشاه بالقطن. فإن لم يستمسك فبالطين الحر. ثم يغسل المحل ويوضأ. وإن خرج منه شيء بعد وضعه في أكفانه لم يعد إلى الغسل).

أما كون الغاسل ينشف الميت بثوب؛ ف «لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما غسل وشح (١) بثوب».

ولأنه إذا لم ينشف تنشتر الرطوبة إلى أكفانه فيفسد بالبلل. وربما عفنت وأدى ذلك إلى فساد الميت.

وأما كونه يحشو مخرجه بقطن إذا خرج منه شيء بعد السبع؛ فلأن في ذلك منعا لخروج النجاسة.

ولأن من تكرر خروج النجاسة منه يصير في معنى المستحاضة. وحشو القطن مشروع في حقها فكذلك يشرع فيما هو في معناها.

ولم يتعرض المصنف رحمه الله إلى أنه يلجم المحل بالقطن فإن لم يمتنع حشاه. وصرح به أبو الخطاب وصاحب النهاية فيها. وعلله بأن الحشو فيه توسيع المخرج ومباشرة له فلا يفعل إلا إذا اضطر إليه.

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأنه لا يعاد الغسل بعد السبع؛ لأنه قال: فإن خرج شيء بعد السبع حشاه بالقطن. وصرح بعدم الإعادة بعد السبع في **المغني** وصاحب النهاية فيها. وإنما لم يعد ذلك لما فيه من الحرج والمشقة.

ولأنه آخر العدد المذكور صريحا في حديث أم عطية.

وأما كون ذلك يحشى بالطين الحر إذا لم يستمسك بالقطن؛ فلأنه أبلغ من القطن؛ لأنه صلب يمسك، ويمنع ما يصل إليه ويتصل به من نفوذ إلى خارج.

ومعنى الطين الحر الخالص.

وأما كون المحل يغسل فلإزالة النجاسة.

---

(١) في ج: وشجوه.." [٢]

---

(١) الممتع ١/٥٥٦

(٢) الممتع ١/٦١٥

"وأما قوله: اللهم! اغفر له ... إلى عذاب النار فرواه عوف بن مالك قال: «صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة فحفظت من دعائه: اللهم! اغفر له وارحمه وعافه واعف عنه. وأكرم نزله وأوسع مدخله واغسله بالماء والثلج والبرد. ونقه من الخطايا كما نقيت الثوب الأبيض من الدنس. وأبدله دارا خيرا من داره، وأهلا خيرا من أهله وزوجا خيرا من زوجه. وأدخله الجنة وأعذه من عذاب القبر وعذاب النار. حتى تمنيت أن يكون أنا ذلك الميت» (١) رواه مسلم.

وأما في حق الصبي فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «والسقط يصلى عليه ويدعى لوالديه بالمغفرة والرحمة» (٢) رواه أبو داود.

ولأنه لا ذنب له فلم يحتج إلى الاستغفار.

والقول المذكور من: اللهم! اجعله ذخرا لوالديه إلى وقه عذاب الجحيم لائق بحاله مناسب لما هو فيه فشرع ذكره مكان الاستغفار كالاستغفار في حق البالغ. والجامع بينهما مناسبة كل واحد منهما حال الميت والدعاء له بما يليق بحاله.

وأما كونه يقف بعد الرابعة قليلا فلأن زيد بن أرقم روى «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يكبر أربعا. ثم يقف ما شاء الله فكنت أحسب هذه الوقفة ليكبر آخر الصفوف» رواه الجوزجاني.

وكلام المصنف رحمه الله مشعر بأنه لا يشرع بعد الرابعة ذكر. وصرح به في **المغني** عن الإمام أحمد. وظاهر الحديث المذكور يدل عليه.

وحكى المصنف رحمه الله في **المغني** أيضا عن الإمام أحمد رحمه الله رواية أخرى أنه يدعو لأنه يروى عن عبدالله بن أبي أوفى «أنه صلى على ابنة له فكبر أربعا. ووقف بعد الرابعة قدر ما بين التكبيرتين يدعو. ثم قال: هكذا صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم» (٣) رواه الإمام أحمد.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٩٦٣) ٢: ٦٦٢ كتاب الجنائز، باب الدعاء للميت في الصلاة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣١٨٠) ٣: ٢٠٥ كتاب الجنائز، باب المشي أمام الجنازة.

٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٩١٦٣) ٤: ٣٥٦.." (١)

"ولم يذكر المصنف رحمه الله النية ولا القيام وهما واجبان وفاقا: أما النية فلقوله عليه السلام: «إنما الأعمال بالنيات وإنما لامرئ ما نوى» (١).

---

(١) الممتع ١/٦٣٢

ولقوله عليه السلام: «لا عمل إلا بالنية» (٢).

وأما القيام؛ فلأنها فرض كفاية فيجب فيها القيام كالفريضة.

ولقوله عليه السلام: «صل قائما» (٣).

ولأنه صلى الله عليه وسلم «كان يصلي على الجنازة قائما» (٤).

وإنما لم يذكرهما المصنف رحمه الله هنا لظهورهما وقصد الاختصار. ولذلك صرح بهما في **المغني**.

وقد ألحق القيام بعض من أذن له المصنف رحمه الله في الإصلاح.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١) ١: ٣ بدء الوحي، باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٠٧) ٣: ١٥١٥ كتاب الإمارة، باب قوله صلى الله عليه وسلم: «إنما الأعمال بالنية ... ».

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١: ٤١ كتاب الطهارة، باب الاستياك بالأصابع، ولفظه: «لا عمل لمن لا نية له».

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (١٠٦٦) ١: ٣٧٦ أبواب تقصير الصلاة، باب إذا لم يطق قاعدا صلى على جنب.

(٤) سبق ذكر حديث سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على امرأة ماتت في نفاسها فقام وسطها. ر ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." (١)

"فصل في حمل الميت ودفنه

قال المصنف رحمه الله: (يستحب التربيع في حمله. وهو: أن يضع قائمة السرير اليسرى المقدمة على كتفه اليمنى. ثم ينتقل إلى المؤخرة. ثم يضع قائمته اليمنى المقدمة على كتفه اليسرى. ثم ينتقل إلى المؤخرة. وإن حمل بين العمودين فحسن).

أما كون التربيع في حمل الميت يستحب؛ فلقول ابن مسعود رضي الله عنه: «إذا تبع أحدكم جنازة فليأخذ بجوانب السرير الأربع ثم ليتطوع بعد أو ليذر فإنه من السنة» (١) رواه ابن ماجة وسعيد بن منصور في سننه.

---

(١) الممتع ١/٦٣٥

وروى ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من تبع جنازة فأخذ بجوانبها الأربع غفر الله له أربعين ذنبا كل ذنب منها كبيرة» (٢).

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو أن يضع ... إلى قوله: المؤخرة الآخرة؛ فبيان لصفة التربيع. وفيها روايتان: إحداهما: أنه كما ذكره هنا. وعلله في **المغني** بأنه أحد الجانبين فبدئ فيه بالمقدمة كالآخر.

وثانيهما: أنه ينتقل من الرجل إلى الرجل ثم يختم بالرأس لأن ابن عمر كذا كان يفعل. فروى النجاد بإسناده «كان ابن عمر يحمل الجنازة من قبل ميامنها: يبدأ باليد. ثم بالرجل. ثم بالرجل الأخرى. ثم باليد» (٣).

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٤٧٨) ١: ٤٧٤ كتاب الجنائز، باب ما جاء في شهود الجنائز.

(٢) لم أقف عليه هكذا. وقد ذكر الهيثمي في مجمع الزوائد عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من حمل جوانب السرير الأربع كفر الله عنه أربعين كبيرة» ٣: ٢٦ كتاب الجنائز، باب حمل السرير. وقد عزاه إلى الطبراني في الأوسط وقال: فيه علي بن أبي سارة وهو ضعيف.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٦٥١٦) ٣: ٥١٢ كتاب الجنائز، باب صفة حمل النعش. عن جابر قال: «أخبرني من سمع ابن عمر يقول: أبدأ بالميامن، وكان هو يبدأ بيده ثم رجليه».

وأخرج عن الأزدي قال: «رأيت ابن عمر في جنازة حمل بجوانب السرير الأربع قال: بدأ بميامنها ثم تنحى عنها، فكان منها بمنزلة مزجر الكلب» (٦٥٢٠) ٣: ٥١٣.

وأخرجه ابن أبي شيبة (١١٢٧٧) ٢: ٤٨٠ كتاب الجنائز، بأي جوانب السرير يبدأ في الحمل. بنحوه.." (١)

"وأما كون الجلوس لها يكره فلأنه محدث. مع ما فيه من تهيج الحزن.

وأما كون المعزي يقول: أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك وغفر لميتك في تعزية المسلم بالمسلم. وأعظم الله أجرك وأحسن عزاءك في تعزية المسلم بالكافر. وأحسن الله عزاءك وغفر لميتك في تعزية الكافر بالمسلم. وأخلف الله عليك ولا نقص عددك في تعزية الكافر بالكافر فلأنه لائق بحال الميت والمصاب.

وقد ورد شيء في ذلك لم يذكره المصنف رحمه الله هنا وذكره في **المغني** وهو «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما توفي سمع صوت من ناحية البيت: السلام عليكم يا أهل البيت ورحمة الله وبركاته. إن في الله عزاء من كل مصيبة. وخلفا من كل هالك. ودركا من كل فائت. فبالله فثقوا وإياه فارجوا. فإن المصاب

---

(١) الممتع ١/٦٤٢

من حرم الثواب» (١) رواه الشافعي.

فقيل: إنه الخضر عليه السلام جاء يعزي زوجات النبي صلى الله عليه وسلم.

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأنه يجوز للمسلم تعزية الكافر.

وسئل الإمام أحمد (٢) رحمة الله عليه عن ذلك فتوقف.

وفي ذلك وجه حمله الأصحاب رحمهم الله على جواز عيادته. وفيها روايتان.

أما كون التعزية تحمل على العيادة فلأنها في معناها.

ولأنه إذا جاز أن يقصده في بيته لعيادته فلا يجوز أن (٣) يعزى بطريق الأولى.

وأما كون العيادة تجوز في رواية فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا كان يحضر في حوائجه وقال: كيف تجدك» وفي لفظ: «كيف أنت يا يهودي» (٤).

---

(١) أخرجه الشافعي في مسنده (٦٠٠) ١: ٢١٦ كتاب الصلاة، باب صلاة الجنائز وأحكامها.

(٢) ساقط من ب.

(٣) ساقط من ب.

(٤) ذكره الهندي في كنز العمال (٢٥٧٠١) ٩: ٢١٠ حق عيادة المريض.." [١]

"قال: (وإن ملك نصابا صغارا انعقد عليه الحول حين ملكه، وعنه: لا ينعقد حتى يبلغ سنا يجزئ مثله في الزكاة).

أما كون الحول ينعقد حين ملكه ذلك على المذهب فلأن الصغار إذا حال عليها حول من حين ملكها تدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم: «في أربعين شاة شاة» (١) لأن الشاة تقع على الكبير والصغير.

ولأن الصغير كالكبير في ذلك لقوله عليه السلام لساعيه: «عد عليهم صغيرها وكبيرها».

ولأن أبا بكر رضي الله عنه قال: «لو منعوني عناقا كانوا يؤدونها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم» (٢)، والعناق: لا تجب في الكبار.

وأما كونه لا ينعقد حتى يبلغ سنا يجزئ مثله في الزكاة على رواية فلأن مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «أمرني أن لا آخذ من راضع شيئا، إنما حقنا في التبيعة والجذعة» (٣).

قال: (ومتى نقص النصاب في بعض الحول أو باعه أو أبدله بغير جنسه انقطع الحول إلا أن يقصد بذلك

---

(١) الممتع ٦٥٩/١

الفرار من الزكاة عند قرب وجوبها فلا تسقط، وإن أبدله بنصاب من جنسه بنى على حوله، ويتخرج أن ينقطع).

أما كون الحول ينقطع بنقصان النصاب في بعض الحول فلأنه يصدق عليه أنه مال لم يحل عليه الحول لأن الحول على شيء يجب أن يكون حائلا عليه بكماله. والمراد بنقص النصاب في بعض الحول نقصان النصاب في زمن كبير من الحول فلو كان الزمن يسيرا كالساعة والساعتين لم يؤثر. وذكر المصنف رحمه الله في **المغني** ذلك ونسبه إلى

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٨٥٥) ٦: ٢٦٥٧ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٠) ١: ٥١ كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله محمد رسول الله.

(٣) لم أجده هكذا. وقد أخرج أبو داود نحوه عن سويد بن غفلة قال: سرت أو قال: أخبرني من سار مع مصدق النبي صلى الله عليه وسلم فإذا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أن لا تأخذ من راضع لبن» (١٥٧٩) ٢: ١٠٢ كتاب الزكاة، باب في زكاة السائمة.." (١)

"وأما إجزاء ابن لبون مكان بنت مخاض إذا عدمها؛ فلما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم: «فإن لم يكن بنت مخاض فابن لبون ذكر» (١). ومن أن سنه يمتنع به من صغار السباع ويرعى الشجر ويرد الماء بنفسه.

وأما إجزاء التبيع مكان التبيعة وهو المراد بالإشارة في قول المصنف رحمه الله: في غير هذا؛ فلما تقدم من قوله في حديث معاذ: «من كل ثلاثين تبيعا» (٢).

ولأن التبيع أكثر لحما فيعادل ذلك الأنوثة.

وأما إجزاء الذكر في الغنم الذكور كلها وجها واحدا؛ فلأن الزكاة وجبت مواساة، وذلك يقتضي الإخراج من الجنس.

وأما الإبل والبقر ففيها وجهان:

---

(١) الممتع ١/٦٧٦

أحدهما: يجزئ لما ذكر.

والوجه الآخر: لا يجزئ لأن الشارع نص على الأنثى وهي أفضل ففي العدول عن الأنثى عدول عن المنصوص.

وقال المصنف في **الكافي**: يجزئ ذكر البقر في أصح الوجهين. وفي الإبل وجهان:

أحدهما: يجزئ لما ذكر من المواساة.

والثاني: لا يجزئ لإفضائه إلى إخراج ابن لبون عن خمس وعشرين وست وثلاثين وفيه تسوية بين النصابين. فعلى هذا يخرج أنثى ناقصة بقدر قيمة الذكر، وعلى الوجه الأول يخرج ابن لبون عن النصابين ويكون التعديل بالقيمة.

قال: (ويؤخذ من الصغار صغيرة ومن المراض مريضة. وقال أبو بكر: لا يؤخذ إلا كبيرة صحيحة على قدر المال).

أما جواز أخذ الصغيرة من الصغار والمريضة من المراض على المذهب؛ فلقول أبي بكر الصديق رضي الله عنه: «لو منعوني عناقا كانوا يؤدونها إلى رسول

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) تقدم في الحديث قبل السابق.." [1]

"وأما كون نصفها على صاحب الستين فلأن جميع مال الخلطة مائة وعشرون ومال صاحب الستين نصف ذلك فيجب عليه نصف ما يجب على الكل وهو نصف شاة.

وأما كون نصفها على خلطائه فلأنهم يملكون مثل صاحب الستين.

وأما كون كل واحد منهم عليه سدس شاة فلأن كل واحد من الخلطاء يملك عشرين، ونسبة ذلك من المائة والعشرين سدسها فيجب على كل واحد سدس شاة لا سدس الواجب في الجميع.

قال: (وإن كانت كل عشر منها مختلطة بعشر لآخر فعليه شاة، ولا شيء على خلطائه لأنهم لم يختلطوا في نصاب).

أما كون صاحب الستين عليه شاة فلأن الخلطة من شرطها أن يكون المجموع نصابا وقد فات هنا فيجب عليه زكاة المنفرد، والإنسان يضم ماله إلى ماله فيكون الجميع ستين وفي ذلك شاة.

---

(١) الممتع ١/٦٩٠

وأما كون خلطائه لا شيء عليهم؛ فلما ذكر (١) المصنف رحمه الله من أنهم لم يختلطوا في نصاب، وفارق كل واحد من الخلطاء هنا الخليط الأول في أنه لا مال له يضم إليه بخلاف الأول فإنه له مال إذا ضم بعضه إلى بعض يجب في مثله الزكاة.

قال: (وإذا كانت ماشية الرجل مفترقة في بلدين لا تقصر بينهما الصلاة فهي كالمجتمعة، [وإن كان بينهما مسافة القصر فكذلك عند أبي الخطاب. والمنصوص أن لكل مال حكم نفسه كما لو كانا لرجلين).

أما كون ماشية الرجل المتفرقة في بلدين ليس بينهما مسافة القصر كالمجتمعة] (٢) فلقوله صلى الله عليه وسلم: «في أربعين شاة شاة» (٣).

قال المصنف في **المغني**: لا أعلم خلافا أن ماشية الرجل يضم بعضها إلى بعض إذا كانت دون مسافة القصر.

---

(١) ساقط من ب.

(٢) ساقط من ب.

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"ونقل المصنف رحمه الله في **المغني** الجديد: أن الرطل العراقي مائة درهم وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم. فعلى هذا يكون النصاب ثلثمائة رطل واثنين وأربعين رطلا وستة أسباع رطل.

قال: (وتضم ثمرة العام الواحد بعضها إلى بعض في تكميل النصاب، فإن كان له نخل يحمل في السنة حملين ضم أحدهما إلى الآخر. وقال القاضي: لا يضم. ولا يضم جنس إلى آخر في تكميل النصاب. وعنه: أن الحبوب يضم بعضها إلى بعض. وعنه: تضم الحنطة إلى الشعير والقطنيات بعضها إلى بعض).

أما كون ثمرة العام الواحد يضم بعض أنواعها إلى بعض مثل: أن يكون في ملكه ثمر مختلف الأنواع كالبرني والمعقلي وما أشبه ذلك فلأن ذلك جنس واحد فضم إلى نوعه كالبخاتي والعراب والمعز والضأن.

فإن قيل: كلام المصنف عام في ثمرة العام فلم حمل على النوع؟

قيل: لأن فيه جمعا بينه وبين قوله بعد: ولا يضم جنس إلى آخر.

وأما كون النخل الذي يحمل في السنة حملين يضم أحدهما إلى الآخر على غير قول القاضي ولأنهما ثمرة عام واحد أشبهتا ثمرة الشجرتين.

---

(١) الممتع ١/٧٠٤

وأما كونه لا يضم على قوله فلأنهما حملان أشبها حمل العامين.
وأما الجنس الواحد فإن كان من الثمر لم يضم جنس إلى غيره كما لا يضم الإبل إلى البقر، فإن كان من الحبوب ففيه ثلاث روايات:
إحداهن: لا يضم جنس إلى غيره لما تقدم في الثمر.
والثانية: يضم لأن ذلك يتفق في قدر النصاب والمخرج والمنبت والحصاد أشبه أنواع الجنس.
والرواية الثالثة: تضم الحنطة إلى الشعير، والقطنيات بعضها إلى بعض لأن ذلك تتقارب منفعته. أشبه نوعي الجنس.
والأول أصح عند المصنف لأن دليل الروايتين الأخيرتين ينتقض بالتمر والزبيب فإنه لا يضم أحدهما إلى الآخر مع أن فيهما جميع ما ذكر.
وقال القاضي: الصحيح أن الحنطة تضم إلى الشعير، والقطنيات بعضها إلى بعض. وهي التي ذكرها الخرقي.." (١)
"وأما كون الثمرة إذا قطعت قبل صلاحها لا على وجه الفرار لا زكاة فيها فلأنه تصرف فيها قبل تعلق الوجوب بها أشبه ما لو تلفت الماشية قبل تمام الحول.
وأما كونها إذا قطعت فرارا من الزكاة تلزم قاطعها فلما فيه من معارضته بنقيض قصده أشبه القاتل والمطلق ثلاثا في مرض موته.
وأما كون وجوب الزكاة لا يستقر إلا بجعل الثمرة في الجرين فلأنها قبل ذلك في حكم ما لم تثبت اليد عليه، بدليل ما لو كانت مبيعة فتلفت بجائحة فإن للمشتري أن يرجع على البائع.
وأما كون الزكاة تسقط بالتلف قبل جعل الثمرة في الجرين فلأن الزكاة لم تستقر أشبه ما لو لم تتعلق به الزكاة البتة.
وأما كون قول المصنف رحمه الله: بغير تعد؛ فمشعر بأنه لو تعدى فيها ضمن نصيب الفقراء. وصرح به في الكافي لأن المتعدي يعد مفرطا فوجب عليه الضمان كالمتعدي في الوديعة.
وأما كون ما ذكر كذلك سواء أخرصت الثمرة أو لم تخرص فلأن الخرص لا يوجب وإنما فعل للتمكين من التصرف فوجب سقوط الزكاة مع وجوده كعدمه.
وأما كون من ادعى تلفها يقبل قوله بغير يمين فلأن الزكاة خالص حق لله تعالى فلا يستحلف فيه كالحد.

(١) الممتع ١/ ٧١٤

قال: (ويجب إخراج زكاة الحب مصفى والثمر يابسا، فإن احتيج إلى قطعه قبل كماله لضعف الأصل ونحوه أو كان رطبا لا يجيء منه تمر، أو عنبا لا يجيء منه زبيب أخرج منه عنبا ورطبا.

وقال القاضي: يخير الساعي بين قسمه مع رب المال قبل الجذاذ وبعده وبين بيعه منه أو من غيره.

والمنصوص أنه لا يخرج إلا يابسا وأنه لا يجوز له شراء زكاته).

أما كون إخراج زكاة الحب مصفى والثمر يابسا إذا لم يحتج إلى قطعه وكان يجيء من رطبه تمر ومن عنبه زبيب يجب فلما روى عتاب قال: «أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخرص." (١)

"ليسوا من أهل العشر فلم يجب عليهم العشر عملا بالنافي له السالم عن المعارض، وعلى الثاني يؤخذ منهم عشران لأنهم تعرضوا لإسقاط العشر فضوعف عليهم كما لو اتجروا بأموالهم إلى غير بلدهم فإنه يضاعف عليهم الزكاة ويؤخذ منهم نصف العشر.

فإن قيل: ما الأرض العشرية؟

قيل: هي التي للمسلم ولا خراج عليها. قاله صاحب **المغني** فيه. وقال غيره: هي الأرض التي يجب فيها العشر خراجية كانت أو غير خراجية وهو أظهر.." (٢)

"فتعين المصير إليه لأنه قول صحابي لا يعرف له مخالف.

وأما كون الفرق ستين رطلا وهو قول ابن حامد فلأن ذلك يروى عن الخليل.

وقال القاضي: هو ستة وثلاثون رطلا لأن ذلك عادة جارية بينهم يتبايعون به كالرطل والأوقية.

ونص الإمام أحمد رحمة الله عليه على أنه ستة عشر رطلا لأن أبا عبيد قال: لا خلاف بين الناس أعلمه أن الفرق ثلاثة آصع. وقد ثبت أن الصاع خمسة أرطال وثلث.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: يحتمل أن يكون نصابه ألف رطل لحديث عمرو بن شعيب «أنه كان يؤخذ في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم من قرب العسل من كل عشر قرب قربة من أوسطها» (١) والقربة عند الإطلاق مائة رطل بدليل أن القلتين خمس قرب وهما خمسمائة رطل.

فإن قيل: الفرق راؤه محركة أو ساكنة؟

قيل: الذي هو ستة عشر رطلا راؤه محركة. ولذلك قال ثعلب: قل فرق بتحريك الراء ولا تقل فرق بإسكانها، والذي هو ستون رطلا وهو مكيال ضخم من مكاييل العراق راؤه ساكنة قاله الخليل.

---

(١) الممتع ٧١٨/١

(٢) الممتع ٧٢٣/١

وقيل: هما لغتان.

فإن قيل: ما الظاهر من الأقوال المتقدم ذكرها؟

قيل: ما نص عليه الإمام من أنه ستة عشر رطلا لأنه المشهور فينصرف الإطلاق إليه. والمكيال الضخم لا يصح حمله لوجوه:

أحدها: أنه غير مشهور في كلامهم.

وثانيها: أن نصاب العسل عشرة أفراق وهي جمع فرق بالتحريك، وجمع الفرق بالتسكين فروق.

وثالثها: أن حمل قول عمر على الفرق بتحريك الراء أولى من حمله على المكيال الذي راؤه ساكنة لأن الظاهر من حاله أنه إنما يريد مكاييل الحجاز لا مكاييل العراق.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." (١)

"قال: (ويخرج عن الجيد الصحيح من جنسه، فإن أخرج مكسرا أو بهرجا زاد قدر ما بينهما من الفضل. نص عليه).

أما كون الجيد الصحيح يخرج عنه الجيد الصحيح فلأن إخراج ما دون ذلك خبيث فلم يجز لقوله تعالى: ﴿ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون﴾ [البقرة: ٢٦٧].

ولأن الزكاة سبب وجوبها هنا جيد صحيح فوجب أن يكون الواجب هنا (١) كذلك كسائر ما تجب فيه الزكاة.

وأما كون من أخرج مكسرا أو بهرجا وهو المختلط بغيره يزيد قدر الفضل بين المكسر وبين الصحيح وبين البهرج وبين الخالص فلئلا يؤدي إلى إخراج الرديء عن الجيد، وفي إخراج الفضل تنبيه على جواز إخراج الرديء مع وجوب الفضل وهو صحيح صرح به المصنف في **المغني** وقال: لأنه أخرج من جنس الأصل وإن خالف في الصفة.

وقال أبو الخطاب في الانتصار: قياس المذهب أنه لا يجزئه ذلك.

وقول أحمد محمول على رواية جواز إخراج القيمة.

ووجه ما ذهب إليه أبو الخطاب أنه حق الفقراء فلم يجز فيه ذلك كالمراض من السائمة لا يجزئ عن الصحاح منها.

---

(١) الممتع ١/٧٢٥

قال: (وهل يضم الذهب إلى الفضة في تكميل النصاب أو يخرج أحدهما عن الآخر؟ على روايتين).

أما كون الذهب يضم إلى الفضة على رواية فلأنهما يجريان مجرى الجنس الواحد ومنفعتهما واحدة فإنهما قيم المتلفات وأروش الجنايات، فهما كأنواع الفضة. وقد خص الحديث الآتي في عروض التجارة فكذا محل النزاع.

وأما كونه لا يضم على رواية فلقوله صلى الله عليه وسلم: «ليس فيما دون خمس أواق صدقة» (٢) متفق عليه.

ولأنهما مالان يختلف نصابهما فلم يضم أحدهما إلى الآخر كأجناس الماشية.

---

(١) ساقط من ب.

(٢) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [1]

"وهذه أصح لأنها أقوى دليلا وأصح تعليلا لما فيها من موافقة الخبر الصحيح. وقياس الجنسين على النوعين لا يصح لافتراقهما في قدر النصاب، والتخصيص على خلاف الأصل.

وأما كون أحدهما يخرج عن الآخر على رواية فلما ذكر في الضم.

وأما كونه لا يخرج على رواية فلأن جنسهما مختلف فلم يخرج أحدهما عن الآخر كالحب عن التمر والإبل عن البقر.

وهذه أصح لأن إخراج أحدهما عن الآخر من باب إخراج القيمة.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: وهو -يعني الإخراج- أصح إن شاء الله تعالى لأن المقصود من أحدهما يحصل، وكما لو أخرج المكسر عن الصحاح.

وقيل: اختلاف الروايتين مبني على الضم. فإن قلنا: يضم أجزأ إخراج أحدهما عن الآخر، وإلا فلا.

قال: (ويكون الضم بالأجزاء. وقيل بالقيمة فيما فيه الحظ للمساكين، وتضم قيمة العروض إلى كل واحد منهما).

أما كون ضم الذهب إلى الفضة بالأجزاء على المنصوص عن الإمام أحمد فلأنه لو انفرد لاعتبر بنفسه لا بقيمته فكذلك إذا ضم إلى غيره كالمواشي.

ولأن الضم بالأجزاء متيقن بخلاف الضم بالقيمة فإنه ظن وتخمين والمتيقن أولى.

---

(١) الممتع ١/٧٣٤

وأما كونه بالأحظ من الأجزاء والقيمة على قول فلأن كل نصاب وجب فيه ضم الذهب إلى الفضة ضم بالقيمة كنصاب السرقة.

ولأن الأصل الضم لأجل الحظ فكذلك صفته.

فإن قيل: من القائل بذلك؟

قيل: أبو الخطاب، وجعله ظاهر كلام الإمام أحمد.

فإن قيل: ما مثال الضم بالأجزاء والضم بالقيمة؟

قيل: مثال الضم بالأجزاء أن يكون له عشرة دنانير ومائة درهم فكل واحد نصف نصاب فمجموعهما نصاب، وكذلك لو كان الربع من أحدهما والباقي من الآخر، ونحو ذلك.." [١]

"ولأن نية التجارة شرط في وجوب الزكاة في العروض وإذا نوى القنية زالت نية التجارة ففات شرط الوجوب.

فإن قيل: على القول باشتراط النية دون الفعل ما الحكم؟

قيل: إذا ملك العروض بإرث ونوى التجارة صارت للتجارة لوجود الشرط، وإذا كان عنده عرض للتجارة فنواه للقنية ثم نواه للتجارة صار للتجارة.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: والأول المشهور في المذهب.

قال: (وتقوم العروض عند الحول بما هو أحظ للمساكين من عين أو ورق. ولا يعتبر ما اشتريت به).

أما كون العروض تقوم بما هو أحظ للمساكين من عين أو ورق فليحصل للمساكين ما هو الأحظ.

ولأن تقويمه لحظ المساكين فيعتبر ما لهم الأحظ فيه كما لو اشتراه بعروض وللبلد نقدان مستعملان تبلغ قيمة العروض بأحدهما نصابا دون الآخر.

وأما كون ما (١) اشتريت به لا يعتبر فلأن ذلك يروى عن عمر.

ولأن في تقويمها بما اشتريت به إبطالا للتقويم بالأحظ. وقد تقدم دليل اعتباره فعلى هذا لو كانت العروض تساوي عند رأس الحول نصابا بالذهب دون الفضة قومت بالذهب وإن اشتريت بالفضة للأحظ ولو كان بالعكس قومت بالفضة.

قال: (وإن اشترى عرضا بنصاب من الأثمان أو من العروض بنى على حوله. وإن اشتراه بنصاب من السائمة لم يبن على حوله).

---

(١) الممتع ٧٣٥/١

أما كون من اشترى عرضا بنصاب من الأثمان يبني على حول نصاب الأثمان فلأن مال التجارة إنما تتعلق الزكاة بقيمته وقيمته هي الأثمان نفسها.

وأما كون من اشترى ذلك بعروض يبني على حول العروض فلأن الزكاة تتعلق في الموضعين بالقيمة وهي الأثمان، والأثمان يبنى حول بعضها على بعض.

---

(١) في ب من.." (١)

"أحدهما: أن النقل في هذه المسألة أنه يزكي الجميع زكاة القيمة على المذهب، والأصل زكاة القيمة، والزرع والثمار زكاة العشر على قول القاضي لأن المصنف في **المغني** الأول وأبا الخطاب ذكرا هذه المسألة فقالا: زكا الجميع زكاة القيمة. وقيل: يزكي الأصل زكاة القيمة، والثمرة والزرع زكاة العشر. ثم إن شارح الهداية صاحب الخلاصة عزا القول في شرحه إلى القاضي وابن عقيل.

وثانيهما: أن قوله: إلا أن يسبق إلى آخره ظاهره أنه استثناء من قوله: ولا عشر عليه ولا يصح ذلك نقلا ولا معنى (١).

أما عدم صحته من حيث النقل فلأن المصنف نسب زكاة الجميع زكاة القيمة إلى القاضي.

وقال في **المغني**: قال القاضي: ولا فرق بين أن يتفقا في الحول أو يختلفا مثل أن يثمر نخل التجارة وتنبت أرضها ويبدو الصلاح قبل مضي حول التجارة.

وأما عدم الصحة من حيث المعنى فلأن معنى قوله: ولا عشر عليه أن من وجبت عليه زكاة القيمة في الأصل والثمار لا يجب عليه عشر. ومن هذا شأنه لا يجب عليه عشر بحال بل ينبغي أن يعود الاستثناء إلى الخلاف المذكور في المسألة أي الخلاف في اعتبار القيمة في الكل أو في الأصل دون الثمار إذا اتفق وقت وجوب العشر وزكاة التجارة فلو سبق نصاب العشر وجب العشر وجها واحدا. وكان الجيد في ذلك أن يقال: إلا أن يسبق وجوب أحدهما الآخر ليعم ما ذكر وما إذا سبق وجوب التجارة وجوب العشر وأن الحكم فيهما واحد. وقد صرح المصنف رحمه الله في **المغني** وصاحب النهاية فيها بأن قالا في المسألتين واتفق حولاهما. ولو قدم المصنف رحمه الله تعالى زكاة القيمة في هذه المسألة فقال: زكى الجميع زكاة القيمة ولا عشر عليه إلا أن يسبق حول أحدهما الآخر، وقال القاضي: يزكى الأصل زكاة القيمة والثمرة والزرع زكاة العشر لكان صحيحا جيدا سالما من أمور:

---

(١) الممتع ١/٧٤٥

أحدها: مخالفة نقله في **المغني** الأول ومخالفة نقل الأصحاب.

---

(١) في ب: دليلا.." (١)

"وثانيها: أن يكون قد قدم ما أومأ إليه الإمام أحمد فإنه في **المغني** ذكر زكاة القيمة للجميع ثم قال: أومأ إليه الإمام أحمد.

وثالثها: أن الاستثناء يعود إلى قوله: ولا عشر لأن كل من اعتبر القيمة شرط الاتفاق في كمال الحول، وقال: متى سبق أحدهما الآخر كان الحكم له لأنه لو لم يكن الحكم له للزم تأخير أداء الزكاة عن كمال الحول.

ورابعها: أنه يكون قول القاضي في **المغني** ولا فرق بين أن يتفقا في الحول أو يختلفا لأن الاستثناء المذكور بناء على قول من يعتبر القيمة وليس ذلك قول القاضي على ما تقدم.

وقوله: فيخرجه مرفوع وليس معطوفا على قوله: يسبق لأنه لو كان كذلك لكان السبق والإخراج شرطين لتعين العشر وليس الشرط كذلك بل الشرط سبق أحدهما الآخر في الوجوب.

قال: (وإذا أذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في إخراج زكاته فأخرجاها معا ضمن كل واحد نصيب صاحبه، ، وإن أخرجها أحدهما قبل الآخر ضمن الثاني نصيب الأول علم أو لم يعلم، ويتخرج أنه لا ضمان عليه إذا لم يعلم).

أما كون كل واحد من المخرجين يضمن نصيب صاحبه في المسألة الأولى فلأنه انعزل حكما بإخراج المالك.

وأما كون الثاني يضمن نصيب الأول فلما ذكر قبل.

وأما كونه يضمن مع العلم وعدمه فلأن العزل الحكمي لا يختلف بذلك بدليل ما لو مات المالك، وما لو وكله في بيع عبده ثم أعتقه.

وأما كونه يتخرج أنه لا ضمان عليه إذا لم يعلم في المسألة الثانية فلأنه وكيل في الدفع فلم يضمن إذا لم يعلم كما لو وكله في قضاء دينه فقضاه المالك ثم الوكيل. وقد قيل: الفرق بينهما أنه في قضاء الدين يتمكن

---

(١) الممتع ١/٧٤٧

من الرجوع على رب الدين بخلاف مسألة الزكاة فإنه لا يتمكن من الرجوع على الفقير لأنها تنقلب تطوعا.." (١)

"وأما كونه (١) يبدأ بعد رقيقه بفطرة ولده فلأن نفقة الولد الصغير متفق عليها بخلاف الوالد.

وأما كونه يبدأ بأمه بعده ف «لأن النبي صلى الله عليه وسلم قدمها في البر حين سأله الأعرابي من أبر؟ قال: أمك. قال: ثم من؟ قال: أمك. وقال في الثالثة أو الرابعة ثم أباك» (٢).

ولأنها ضعيفة عن الكسب والعمل.

وأما كونه يبدأ بأبيه بعد ذلك فلما ذكر من الحديث.

وأما كونه يبدأ بالأقرب فالأقرب في الميراث فلأن الأقرب أولى من غيره كالميراث.

قال: (ويستحب أن يخرج عن الجنين ولا يجب).

أما كون الجنين يستحب أن يخرج عنه ف «لأن عثمان بن عفان رضي الله عنه كان يخرج عن الجنين» (٣).

ولأنه يشبه من تجب عليه الفطرة في الآدمية والميراث والوصية له وبه.

وأما كون ذلك لا يجب فلأن الفطرة لو تعلقت بالجنين قبل ظهوره لتعلقت الزكاة بأجنة البهائم قبل ظهورها وليس كذلك.

وذكر أبو الخطاب رواية أنها واجبة لما ذكرنا من الشبه في الميراث والوصية.

قال المصنف في **المغني**: والأول أصح.

قال: (ومن تكفل بمؤونة شخص في شهر رمضان لم تلزمه فطرته عند أبي الخطاب. والمنصوص أنها تلزمه).

أما كون من تكفل بمؤونة شخص في شهر رمضان، ومعناه: أنه مانه على وجه التبرع شهر رمضان كله لا تلزمه فطرته عند أبي الخطاب؛ فلأن الفطرة تتبع النفقة ونفقة من ذكر غير واجبة فكذلك فطرته.

---

(١) في ب كونها.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٦٢٦) ٥: ٢٢٢٧ كتاب الأدب، باب من أحق الناس بحسن الصحبة. وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٥٤٨) ٤: ١٩٧٤ كتاب البر والصلة والآداب، باب بر الوالدين وأنهما أحق به.

---

(١) الممتع ١/٧٤٨

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٠٧٣٧) ٢: ٤٣٢ كتاب الزكاة، في صدقة الفطر عما في البطن.."
(١)

"وأما كونها تلزمه على منصوص الإمام أحمد رحمه الله عليه؛ فلعموم قوله: «ممن تمونون» (١).

ولأنه شخص منفق عليه فتجب عليه فطرته كالعبد.

والمعتبر مؤونة جميع الشهر.

وقال ابن عقيل: قياس المذهب أنها على من مانه قبل غروب الشمس بليلة.

فإن مانه جماعة فقال المصنف رحمه الله في **المغني**: لا أعلم فيها قولا للأصحاب، ويحتمل أن لا يجب شيء؛ لأن السبب مؤونة الشهر ولم يوجد، واحتمل أن يجب بالحصص كالعبد المشترك.

وقول أبي الخطاب أصح عند المصنف رحمه الله. ذكره في **المغني** لأن الحديث المذكور محمول على من تلزمه مؤونته لا على حقيقة المؤونة بدليل وجوبها على الآبق والمملوك عند الغروب ولم يمنهما وسقوطها عمن مات أو عتق قبل الغروب وقد مانهما (٢).

قال: (وإذا كان العبد بين شركاء فعليهم صاع. وعنه: على كل واحد صاع، وكذلك الحكم فيمن بعضه حر).

أما كون العبد إذا كان بين شركاء عليهم صاع واحد على المذه ب؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب على العبد صاعا واحدا» (٣) وهذا عام في المشترك وغيره.

ولأن نفقته تقسم عليهم فكذلك فطرته.

ولأنه شخص واحد فلا يجب بسببه أكثر من صاع واحد كما لو كان لواحد.

وأما كون كل واحد عليه صاع على رواية فلأن الفطرة طهرة فتعددت على من هي عليه بحسب عدده ككفارة القتل، أو فلا تتبعض ككفارة القتل.

والأولى أصح لما تقدم. وقياس الفطرة على كفارة القتل لا يصح لأن الكفارة آكد، ودعوى عدم التبعيض غير مسلمة فإنها متبعضة حقيقة.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

---

(١) الممتع ١/٧٥٢

(٢) في ب: وقد منهما.

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." (١)

"قال: (وأفضل المخرج التمر ثم ما هو أنفع للفقراء بعده، ويجوز أن يعطي الجماعة ما يلزم الواحد والواحد ما يلزم الجماعة).

أما كون أفضل المخرج التمر فلما روى مجاهد قال: «قلت لابن عمر: إن الله قد أوسع، والبر أفضل. قال: إن أصحابي قد سلكوا طريقا وإني أحب أن أسلكه» (١).

وأما كون الأفضل بعد ذلك ما هو أنفع للفقراء والمراد به البر. صرح به المصنف في **المغني** **والكافي** فلأن الاعتماد في تفضيل التمر اتباع الصحابة والاقتداء بهم وهو غير موجود في غير البر وهذا هو اختيار المصنف.

والأفضل عند الأصحاب بعد التمر الزبيب لمشاركته له في القوت والحلاوة.

وأما كون الجماعة يجوز أن تعطى ما يلزم الواحد والواحد ما يلزم الجماعة فلأن الفطرة زكاة فجاز ذلك فيها كزكاة المال.

---

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن أبي مجلز عن ابن عمر: «أنه كان يستحب التمر في زكاة الفطر» (١٠٣٦٦) ٢: ٣٩٨ كتاب الزكاة، من قال: صدقة الفطر صاع من شعير أو تمر أو قمح.." (٢)

"وأما كونه لا يجزئه عن الزيادة فلأنه عجل زكاة ما ليس في ملكه فلم يجزئه كما لو عجل قبل ملك النصاب.

وأما كون من عجل عشر الثمرة قبل طلوع الطلع والحصرم لا يجزئه فلأن الثمرة إن كان لها سبب واحد فالتعجيل إنما يكون فيما له سببان وإن كان لها سببان فالتعجيل هنا يكون قبل السببين وذلك غير جائز.

وفي تقييد المصنف رحمه الله عدم الإجزاء قبل طلوع الطلع دليل على أنه يجزئ التعجيل بعده وهو صحيح نقله في **الكافي** عن أبي الخطاب لأن ظهور الثمرة كملك النصاب، وبدء الصلاح كتمام الحول فجاز تعجيل زكاة ذلك كالتعجيل بعد ملك النصاب وقبل الحول.

---

(١) الممتع ١/٧٥٣

(٢) الممتع ١/٧٦٠

وظاهر كلام القاضي أنه لا يجوز تعجيل ذلك لأنه يجب بسبب واحد وهو بدء الصلاح فلم يجز تعجيل زكاته لأنه بمنزلة التعجيل على سببيه.

قال: (فإن عجل زكاة النصاب فتم الحول وهو ناقص قدر ما عجله جاز، وإذا عجل زكاة المائتين فنتجت عند الحول سخلة لزمه شاة ثالثة).

أما كون من عجل زكاة نصاب فتم حوله وهو ناقص قدر ما عجل يجوز فلأن ما عجله حكمه حكم الموجود حقيقة أو تقديرا.

وأما كون من عجل زكاة المائتين فنتجت عند الحول يلزمه شاة ثالثة فلما ذكر من أن المعجل حكمه حكم الموجود فيكون ملكه مائتين وواحدة وفرض ذلك ثلاث شياه فإذا أدى اثنتين بقي عليه واحدة.

قال: (فإن عجلها فدفعها إلى مستحقها فمات أو ارتد أو استغنى أجزأت عنه، وإن دفعها إلى غني فافتقر عند الوجوب لم تجزئه).

أما كون من عجل زكاته فدفعها إلى مستحقها ثم خرج عن الاستحقاق بموت أو ارتداد أو استغناء يجزئ عنه فلأن المعتبر حالة الأداء والمدفوع إليه حينئذ أهل للدفع إليه.

ولأن الفقير لو اتجر بما أخذه فاستغنى لم يرجع عليه وفاقا فكذلك إذا استغنى بغير الصدقة.." (١)

"وهذه الرواية هي أصح الروايتين. قاله القاضي.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله: أن الصحيح أنه ليس من السبيل ولذلك قدم أنه لا يعطى فيه.

وقال في **المغني**: الرواية الثانية أحسن يعني كونه ليس من السبيل لأن سبيل الله عند الإطلاق لا يتناول إلا الغزو.

ولأن الزكاة إنما تصرف إلى أحد رجلين: إما محتاج كفقير ومسكين ومكاتب وغارم، وإما من يحتاج إليه المسلمون كعامل وغاز وغارم لإصلاح ذات البين، والحاج لا نفع للمسلمين فيه ولا يحتاج صاحبه إليه لأنه إنما يدفع إليه مع الفقر، والفقير لا فرض في ذمته فيسقط، وإن أراد التطوع به فتوفير ما يحج به على ذوي الحاجات من سائر الأصناف أولى.

قال: (الثامن: ابن السبيل وهو المسافر المنقطع به دون المنشئ للسفر من بلده، فيعطى قدر ما يصل به إلى بلده).

أما كون ابن السبيل من الأصناف الثمانية] (١)؛ فلأن الله تعالى ذكره في الآية المتقدم ذكرها فقال: ﴿وابن

---

(١) الممتع ١/٧٧٠

ال سبـيل﴾ [التوبة: ٦٠].

وأما كون ابن السبيل هو المسافر المنقطع به دون المنشئ للسفر من بلده فلأن السبيل الطريق وإنما سمي ابن السبيل بذلك لملازمته الطريق، كما يقال للطائر: ابن الماء لملازمته له، وإذا كان كذلك وجب أن يكون ابن السبيل مسافرا لا منشئا لأن المنشئ للسفر يصير ابن سبيل في ثاني الحال بخلاف الأول فإنه ابن سبيل في الحال، فالاسم لا يتناول المنشئ حقيقة فلا يكون مرادا لأن الأصل إرادة الحقيقة.

ولأنه لا يفهم من ابن السبيل إلا الغريم دون من هو في وطنه وإن انتهت به الحاجة غايتها فوجب أن يحمل الاسم عليه.

وأما كون ما يعطى قدر ما يصل به إلى بلده فلأنه إنما جاز له الأخذ من الزكاة ليتوصل إلى بلده فلا يجوز أن يأخذ أكثر مما يدفع به ذلك، كما لا (٢) يجوز أن يأخذ الفقير أكثر مما يدفع به فقره.

---

(١) ساقط من ب.

(٢) ساقط من ب.." (١)

"وأما كون من قبل أو لمس فمذى يفسد صومه كما لو أمنى فلأنهما مشتركان في كونهما خارجين تخللهما الشهوة.

وأما كون من كرر النظر فأنزل. والمراد به أنزل المني يفسد صومه فلأنه إنزال يتلذذ به أشبه الإنزال باللمس. فعلى هذا لا يفسد مع إنزال المذي لأن الإنزال هنا ليس عن مباشرة فلم يلتحق المذي بالمني لضعفه عنه ولذلك قال المصنف رحمه الله في **الكافي**: (١) وسواء في هذا كله المني والمذي ... إلا في تكرار النظر فلا يفطر إلا بإنزال المني في ظاهر كلامه لأنه ليس بمباشرة.

وقال في **المغني**: ظاهر كلام الخرقي فساد صوم من كرر نظره فمذى لإطلاقه القول فيمن كرر فأنزل وهذا إنزال أشبه المني.

ومقتضى هذا التعليل أن يحمل كلام المصنف رحمه الله على فساد صوم من كرر نظره فمذى لأنه قال: فأنزل وأطلق ذلك بإطلاق الخرقي.

وأما كون من حجم أو احتجم يفسد صومه فلأنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «أفطر الحاجم والمحجوم» (٢). رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

---

(١) الممتع ١/٧٨٠

وفي لفظ: «احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجد ضعفا شديدا فنهى أن يحتجم الصائم» (٣) رواه الجوزجاني.

وأما قول المصنف رحمه الله: عامدا ذاكرا لصومه فراجع إلى جميع ما ذكر. ومعناه: أن شرط الفطر في كل واحد مما تقدم أن يتعمد الصائم فعله بأن يفعله اختيارا وأن يكون ذاكرا أنه صائم.

أما كون التعمد شرطا فلقوله عليه السلام: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» (٤).

---

(١) في ب زيادة: وتكرار.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٧٧٤) ٣: ١٤٤ كتاب الصوم، باب كراهية الحجامة للصائم.

(٣) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج البخاري في صحيحه عن ثابت البناني أنه سأل أنس بن مالك رضي الله عنه: «أكنتم تكرهون الحجامة للصائم؟ قال: لا. إلا من أجل الضعف». (١٨٣٨) ٢: ٦٨٥ كتاب الصوم، باب الحجامة والقيء للصائم.

وفي لفظ: «ما كنا ندع الحجامة للصائم إلا كراهية الجهد». أخرجه أبو داود في سننه (٢٣٧٥) ٢: ٣٠٩ كتاب الصوم، باب في الرخصة في ذلك.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤٣) ١: ٦٥٩ كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي. من حديث أبي ذر رضي الله عنه.." [١]

"ولأنه وطء محرم لحرمة رمضان فوجبت به الكفارة كالأول.

ومفهوم هذا الكلام أنه لو وطئ ولم يكفر ثم وطئ أن عليه كفارة واحدة وصرح به المصنف رحمه الله في **المغني** لأن الكفارات زواجر فتداخلت كالحدود.

وأما كون كل من لزمه الإمساك إذا جامع كذلك فلأنه هتك حرمة الزمن أشبه هتك حرمة الصوم.

ولأن الكفارة تجب على المستديم للوطء ولا صوم هناك فكذلك هاهنا.

ومراد المصنف رحمه الله بقوله: كذلك وجوب الكفارة على من لزمه الإمساك إذا وطئ لمساواته مع [من] (١) جامع بعد ما جامع لاستوائهما معنى. لا تكرار الكفارة لأنه لا تكرار هاهنا لعدم تكرار الوطء.

وأما كون من جامع وهو صحيح ثم مرض أو جن أو سافر لا تسقط عنه الكفارة فلأنه أفسد صوما واجبا في رمضان بجماع تام فوجبت الكفارة وجوبا مستمرا كما لو لم يفطر لعذر.

---

(١) الممتع ٢/٢٥

قال: (وإن نوى الصوم في سفره ثم جامع فلا كفارة عليه. وعنه عليه الكفارة).

أما كون من ذكر لا كفارة عليه رواية واحدة فلأن كل صوم أبيح فطره بالأكل أبيح فطره بالجماع كالتطوع. ولأن هذه محظورات [الصوم] (٢) فإذا لم يجب الصوم لم يحرم شيء منها، وإذا أبيح الفطر بذلك لم تجب الكفارة لأن الوجوب يستدعي حرمة الفطر وذلك غير موجود. وأما كونه عليه الكفارة على رواية فلأنه صائم في رمضان أفطر بالجماع فوجبت عليه الكفارة كالمقيم الصحيح.

قال: (ولا تجب الكفارة بغير الجماع في صيام رمضان).

أما كون الكفارة لا تجب بغير الجماع فلأن غير الجماع لم يرد فيه نص، وقياسه على الجماع لا يصح لما بينهما من الفرق فوجب أن لا تجب الكفارة عملا بالنافي لها السالم عن المعارض.

---

(١) ساقط من ب.

(٢) في ب الإحرام.." (١)

"والمراد بنفقة الحج ما يزيد على نفقة الحضر لأن نفقة الحضر في مال الصبي بغير خلاف.

وصرح المصنف رحمه الله في **المغني** بأن الروايتين في الزائد على نفقة الحضر. ولم يذكر في القدر الذي يجب له في الحضر خلافا بل أوجبها في مال الصبي.

وأما الكفارة فما اختلف عمده وسهوه كاللباس والطيب فلا فدية فيه على الصبي؛ لأن عمده خطأ، وما لا يختلف عمده وسهوه فالفدية فيه بفعل الصبي وفي محلها الروايتان المتقدمتان.

قال رحمه الله: (وليس للعبد الإحرام إلا بإذن سيده، ولا للمرأة الإحرام نفلا إلا بإذن زوجها. فإن فعلا فلهما تحليلهما ويكونان كالمحصر. وإن أحرما بإذن لم يجز تحليلهما. وليس للزوج منع امرأته من حج الفرض ولا تحليلها إن أحرمت به).

أما كون العبد ليس له الإحرام بغير إذن سيده وكون المرأة ليس لها الإحرام نفلا بغير إذن زوجها فلأن إحرامهما يتضمن إسقاط حق السيد والزوج فلم يجز لهما ذلك لئلا يؤدي إلى إسقاط حق المستحق.

وأما إطلاق المصنف رحمه الله منع العبد من الإحرام وتقييده في المرأة بكونه نفلا فلأن العبد لا يجب عليه بحال فصح الإطلاق والمرأة يكون الحج تارة واجبا عليها وتارة تحج متطوعة فاحتاج إلى التقييد بكونه نفلا لأنه ليس له منعها إذا كان فرضا وسيأتي ذكره.

---

(١) الممتع ٢/٣٢

وأما كون السيد والزوج لهما تحليلهما إذا فعلا ذلك بغير إذنهما فلأن حقهما ثابت لازم فكان لهما إخراجهما من الإحرام المفوت له كما لو اعتكفا. وفي تحليلهما إشعار بانعقاد إحرامهما وإن وقع بغير إذن وهو صحيح لأن الإحرام عبادة بدنية فصحت بغير إذن كالصلاة.

وأما حكمهما بعد تحليلهما فكالمحصر. وسيأتي ذكره بعد إن شاء الله تعالى (١).

وأما كونهما ليس لهما تحليلهما إذا أحرما بإذن فلأن الحج عبادة تلزم بالشروع فلم يملكا تحليلهما من الإحرام إذا شرعا بإذن كقضاء رمضان.

---

(١) ص: ٢٢٨.." (١)

"ولأن في تكليف الإنسان ما لا يصلح له ضررا عليه.

فعلى هذا يعتبر في الزاد أن يكون من الخاص إن كان الحاج من أولاد الأمراء والتجار. ومن الكاصة إن كان من أولاد السوقة. وفي الراحلة وآلتها أن يكون جملا جيدا بمحارة (١) إن كان كالأول. وإن كان من أولاد السوقة وهو قادر على الركوب على القتب فلا تشترط له المحارة ولا كون الجمل جيدا، ولو كان ضعيفا لا يمكنه الركوب على القتب اشترط في حقه ما يمكنه الركوب معه.

وأما اعتبار ملك ذلك أو القدرة على تحصيله بدراهم أو دنانير أو نحو ذلك فلأن المشترط الاستطاعة وهي حاصلة بكل واحد منهما.

وأما كون الزاد والراحلة المتقدم ذكرهما فاضلا عما يحتاج إليه من مسكن وخادم فلأن المسكن والخادم من حوائجه الأصلية.

ولأن المفلس يقدم بذلك على غرمائه فلأن يقدم الإنسان بذلك على حجه بطريق الأولى.

وأما كونهما فاضلين عن قضاء دينه فلأن ذمته مشغولة به وبه حاجة إلى براءتها.

وأما كونهما فاضلين عن مؤونته ومؤونة عياله فلأن ذلك مقدم على الدين المقدم على الحج فلأن يقدم على الحج بطريق الأولى.

وفي الحديث: «كفى بالمرء إثما أن يضيع من يقوت» (٢) رواه أبو داود.

وأما قول المصنف رحمه الله: على الدوام ففيه نظر وذلك أنه ذكر في المغني والكافي نفقة العيال. وقال فيهما: إلى أن يعود. وكذلك قال سائر الأصحاب. وطريق التصحيح أن يحمل قوله هنا على ذلك، ويمكن

---

(١) الممتع ٢/٦٩

أن يحمل ذلك على ظاهره ويكون قد قصد النفقة عليه وعلى عياله في ذهابه وعوده وما بعد ذلك. فإن أبا الخطاب وغيره ذكر نفقة العيال إلى أن يعود. ثم قال: وأن يكون له إذا عاد ما يكفيه من صناعة أو تجارة أو عقار. إلا أن ظاهر كلامه في **المغني** يقتضي عدم اشتراط ذلك لأنه ذكر نفقة العيال والمسكن والخادم وعلل ذلك. ثم قال: وذكر أبو الخطاب أن من شرط وجوب الحج عليه أن يكون له إذا رجع ما يكفيه من تجارة أو عقار أو نحو ذلك.

---

(١) المحارة: شبه الهودج.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٩٢) ٢: ١٣٢ كتاب الزكاة، باب في صلة الرحم.." [١]

"قال رحمه الله: (وهل يجوز لمن يقدر على الحج بنفسه أن يستنيب في حج التطوع؟ على روايتين).

أما الجواز على رواية فلأنها حجة لا تلزمه بنفسه فجاز أن يستنيب فيها كالمعضوب.

وأما عدمه على رواية فلأنه قادر على الحج بنفسه فلم يجز له الاستنابة فيه كالفرض.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: حج التطوع ينقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: قادر لم يحج حجة الإسلام فهذا لا يصح أن يستنيب في حج التطوع؛ لأنه لا يصح أن يفعله بنفسه فنائبه أولى.

الثاني: من أدى حجة الإسلام ثم عجز فهذا يصح أن يستنيب في التطوع؛ لأنه إذا جاز في الفرض فالنفل أولى.

الثالث: من أدى حجة الإسلام وهو قادر وقت الاستنابة على الحج بنفسه فهذا هل يجوز له الاستنابة في التطوع؟ فيه روايتان.

وعلى هذا القسم يجب حمل كلام المصنف رحمه الله.." [٢]

"قال رحمه الله: (وصفة التمتع أن يحرم بالعمرة في أشهر الحج ويفرغ منها ثم يحرم بالحج من مكة أو من قريب منها في عامه.

والإفراد: أن يحرم بالحج مفردا.

والقران: أن يحرم بهما جميعا، أو يحرم بالعمرة ثم يدخل عليها الحج.

---

(١) الممتع ٧٢/٢

(٢) الممتع ٧٩/٢

ولو أحرم بالحج ثم أدخل عليه العمرة لم يصح إحرامه بها).

أما كون الإحرام بالعمرة في أشهر الحج فلأن ذلك قول جابر.

ولأنه لم يجمع بين النسكين في أشهر الحج فلم يكن متمتعا كالمفرد.

ولأنه لو حل في أشهر الحج لم يكن متمتعا فكذلك إذا أحرم فيها.

وأما اعتبار الفراغ منها. ومعناه: أنه يحل من الإحرام بالعمرة قبل الإحرام بالحج فلأنه لو أحرم بالحج قبل الحل من العمرة لكان قارنا. واجتماع النسكين ممتنع.

وأما اعتبار الإحرام بالحج من مكة أو من موضع قريب منها فلما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «إذا اعتمر في أشهر الحج ثم أقام فهو متمتع. وإن خرج ورجع فليس بمتمتع». وعن ابن عمر نحوه (١).

وأما اعتبار الإحرام بالحج من عامه فلأن الله تعالى قال: ﴿فمن تمتع بالعمرة إلى الحج فما استيسر من الهدي﴾ [البقرة: ١٩٦] إذ ظاهر ذلك يقتضي الموالاة بينهما.

ولأن العلماء أجمعوا على أن من اعتمر في غير أشهر الحج ثم حج من عامه لا يكون متمتعا فإذا لم يحج من عامه بطريق الأولى.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا يشترط في المتمتع غير ذلك.

واشترط أبو الخطاب والقاضي أن ينوي التمتع في ابتداء العمرة أو أثنائها لأنه جمع بين عبادتين فافتقر إلى النية كالجمع بين الصلاتين.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني والكافي**: ظاهر الآية يدل على عدم الاشتراط.

ولأن التمتع الترفه بأحد السفرين وهو موجود بدون النية.

وأما كون الإفراد أن يحرم بالحج مفردا فلأن من أفرد من الصحابة هكذا فعل. ومنه حديث عائشة رضي الله عنها: «ومنا من أهل بحج» (٢).

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٣٠٠٤) ٣: ١٥٢ كتاب الحج، في الرجل يعتمر في أشهر الحج ثم يرجع ثم يحج.

(٢) سبق تخريجه ص: ٨٨.." (١)

---

(١) الممتع ٢/٨٨

"وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: إن كان شك بعد الطواف لم يجز صرفه إلا إلى العمرة خاصة لأن إدخال الحج على العمرة بعد الطواف لا يجوز.

فعلى هذا يجب حمل كلام المصنف رحمه الله هنا على ما إذا نسي قبل الطواف.

قال رحمه الله: (وإن أحرم عن رجلين وقع عن نفسه. وإن أحرم عن أحدهما لا بعينه وقع عن نفسه.

وقال أبو الخطاب: له صرفه إلى أيهما شاء).

أما وقوع الإحرام عن نفسه إذا أحرم عن رجلين فلأنه لا سبيل إلى وقوع العبادة عن الرجلين؛ لأن العبادة الواحدة لا تجزئ عن اثنين دليله الصلاة وغير ذلك، ولا عن أحدهما لأنه ليس أولى من الآخر وإذا تعذر وقوعها عن غيره تعين وقوعها عن نفسه كما لو أحرم وأطلق.

وأما وقوعه عن نفسه إذا أحرم عن أحدهما لا بعينه على قول غير أبي الخطاب فلما تقدم.

وأما صرفه إلى أيهما شاء على قول أبي الخطاب فلأن الإحرام يصح مع الإبهام لما تقدم فكذلك يصح عن المجهول ويعينه بعد ذلك كما لو أحرم مطلقا ثم عين النسك.

قال رحمه الله: (وإذا استوى على راحلته لبى تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك، لا شريك لك).

أما تلبيته عند استوائه على راحلته فلما روى أنس وابن عمر رضي الله عنهم «أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ركب راحلته واستوت به أهل» (١) رواه البخاري.

ومعنى أهل: رفع صوته. من قولهم استهل الصبي إذا صاح.

وأما صفة التلبية فكتلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن الله تعالى قال: ﴿واتبعوه﴾ [الأعراف: ١٥٨].

وأما صفة تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم فكما ذكره المصنف لأن ابن عمر رضي الله عنهما روى «أن تلبية رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك» (٢) متفق عليه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٧٠٦) ٢: ٥٦١ كتاب الحج، باب من بات بذي الحليفة حتى أصبح.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٥٧١) ٥: ٢٢١٣ كتاب اللباس، باب التلبيد.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٨٤) ٢: ٨٤١ كتاب الحج، باب التلبية وصفتها ووقتها.." [1]

---

(١) الممتع ٢/٩٤

"و «كان ابن عمر رضي الله عنهما يفتي بقطعهما حتى أخبر بذلك فرجع» (١).

وروي أن عليا رضي الله عنه قال: «قطع الخفين فساد. يلبسهما كما هما» (٢).

ولأنه ملبوس أبيح لعدم غيره أشبه السراويل.

ولأن قطعه لا يخرجه عن حالة الحظر. فإن لبس المقطوع مع القدرة على لبس النعلين كلبس الصحيح.

ولأنه إتلاف لماليته وقد «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال» (٣).

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: وقد روي عن أحمد رحمه الله قطعهما. وهو أولى عملا بالحديث الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم: «وليقطعهما أسفل من الكعبين» (٤) متفق عليه.

وخروجا من الخلاف وأخذا بالاحتياط.

وأما عدم وجوب الفدية في لبس ذلك فلأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر في حديث ابن عباس رضي الله عنهما «جواز لبس السراويل والخفين إذا لم يجد إزارا ولا نعلين» (٥) ولم يذكر الفدية ولو وجبت لبينها؛ لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

---

(١) هو جزء من الحديث السابق.

(٢) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن عكرمة قال: «يتخفف إذا لم يجد نعلين قال: قلت: أيشقهما؟ قال: إن الله لا يحب الفساد» (١٤٦٣٥) ٣: ٣١٠ كتاب الحج، في المحرم يضطر إلى الخفين.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال ... ». (٦١٠٨) ٥: ٢٣٧٥ كتاب الرقاق، باب ما يكره من قيل وقال.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٥٩٣) ٣: ١٣٤١ كتاب الأقضية، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة ... بنحوه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٤) ١: ٦٢ كتاب العلم، باب من أجاب السائل بأكثر مما سأله.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٧٧) ٢: ٨٣٥ كتاب الحج، باب ما يباح للمحرم بحج أو عمرة وما لا

يباح ...

(٥) سبق تخريجه قريبا.." [١]

"والرواية الثانية: لا يجوز؛ لأنه شم يحصل به طيب وترفه فلم يبح كشم الغالية والمسك.

فعلى هذه عليه الفدية إذا فعل ذلك؛ لأنه فعل محرم يقصد به الترفه أشبه الحلق.

وفرق المصنف رحمه الله في **الكافي** بين الريحان وبين الورد والبنفسج، وصحح كون الورد والبنفسج طيبا، وقاسه على الزعفران.

وأما الادهان بدهن غير مطيب كالشيرج والزيت ودهن اللبان ففيه روايتان:

أحدهما: يجوز؛ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم ادهن في إحرامه بزيت غير مقتت» (١) أي غير مطيب رواه الإمام أحمد والأثرم في السنن.

ولأنه قول ابن عباس وابن عمر والأسود بن يزيد رضي الله عنهم.

والرواية الثانية: لا يجوز؛ لأنه يزيل الشعث ويسكن الشعر فمنع منه قياسا على المطيب.

وأما قول المصنف رحمه الله: في شعره مشعر بأنه لا يحرم عليه الادهان بذلك في بدنه وهو صحيح صرح به في **المغني**.

ونقل عن ابن المنذر أنه قال: أجمع عوام أهل العلم على أن للمحرم أن يدهن بدنه بالشحم والزيت والسمن.

وقال القاضي وغيره من الأصحاب: الخلاف جار في دهن البدن كدهن الرأس لأن البدن كالرأس في إزالة الشعث وتسكين الشعر.

قال رحمه الله: (وإن جلس عند العطار أو في موضع ليشم الطيب فشمه فعليه الفدية، وإلا فلا).

أما وجوب الفدية إذا جلس لقصد شم الطيب فشمه فلأنه شمه قاصدا مبتدءا به في الإحرام فحرم عليه ووجبت الفدية كما لو باشره.

وأما عدم وجوبها إذا جلس لا لقصد ذلك فلأنه لا يمكن التحرز منه، وما هذا شأنه لا تجب به فدية.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٦٣٢٢) ٢: ١٤٥.." [٢]

---

(١) الممتع ٢/١٠٤

(٢) الممتع ٢/١٠٩

"وأما وجوب ذلك ففيه وجهان:

أحدهما: أنه واجب؛ لأن ابن عباس رضي الله عنهما ذكره حكما للمجامع فكان واجبا كالقضاء.

والثاني: لا يجب؛ لأنه حج فلم يجب فيه مفارقة الزوجة كغير القضاء.

ولأن مقصود الفراق التحرز من إصابتها وهذا وهم لا يقتضي الوجوب.

فعلى هذا يكون مستحبا لأنه اختلف في وجوبه فأدنى أحواله أن يكون مستحبا.

فإن قيل: ما معنى التفرق؟

قيل: اجتناب الركوب معها على بعير واحد والجلوس معها في خباء، ولا بأس أن يكون قريبا منها يراعي أحوالها؛ لأنه محرمها.

قال: (وإن جامع بعد التحلل الأول لم يفسد حجه ويمضي إلى التنعيم فيحرم ليطوف وهو محرم. وهل تلزمه بدنة أو شاة؟ على روايتين).

أما عدم فساد حج من جامع بعد التحلل الأول وقبل الثاني فلأن الحج عبادة لها تحللان فوجود المفسد بعد أولهما لا يفسد كالصلاة.

وأما مضيه إلى التنعيم فلأن إحرامه فسد؛ لأنه وطء صادف إحراما فأفسده كما قبل التحلل الأول، والطواف لا يصح إلا في إحرام صحيح؛ لأنه ركن فوجب أن يأتي به في إحرام صحيح كالوقوف.

واعلم أن المراد من فساد الإحرام بقيته لا فساد كله؛ لأنه لو فسد كله كان يلزم منه وقوع الوقوف في غير إحرام.

فعلى هذا يحرم من الحل ليجمع في إحرامه بين الحل والحرم.

فإن قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله يقتضي أنه يحرم من التنعيم ولا بد؟

قيل: ليس مراده ذلك بدليل أنه قال في **المغني** قول الخرقي يحرم من التنعيم لم يذكر ليتعين الإحرام منه بل لأنه حل فمن أي حل أحرم جاز.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه إذا أحرم لا يجب عليه إلا الطواف لأنه اقتصر عليه.." (١)

"وقال في **المغني** بعد ذكر الطواف: هذا ظاهر كلام الخرقي إلا أنه ضم إليه السعي إن لم يكن سعى. وعلل الاقتصار على ذلك بأن الذي [بقي] (١) عليه بقية أفعال الحج. ثم قال: والمنصوص عن أحمد ومن وافقه من الأئمة أنه يعتمر. ثم قال: فيحتمل أنهم أرادوا الإحرام والطواف وسموه عمرة لأن ذلك جل أفعال

---

(١) الممتع ٢/١٢٢

العمرة. ويحتمل أنهم ألزموه جميع أفعال العمرة لأنه إحرام مستأنف فكان فيه سعي وتقصير كالعمرة المنفردة.

ثم قال: والأول أصح في المعنى.

وأما ما يلزمه ففيه روايتان:

أحدهما: بدنة؛ لأنه قول ابن عباس (٢).

ولأنه وطء في الحج فوجبت به بدنة كما لو لم يتحلل.

والثانية: شاة؛ لأنه وطء لا يفسد الحج أشبه الاستمتاع دون الفرج الخالي عن الإنزال.

ولأن الإحرام خف بالتحلل الأول فينبغي أن يكون موجبه دون موجب الإحرام التام.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: هذا -يعني وجوب الشاة- ظاهر كلام الإمام أحمد والخرقي.

---

(١) بياض في ج، وقد استدركناه من **المغني**.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٦٨ كتاب الحج، باب ما يفسد الحج.." [١]

"قال: (ولا تلبس القفازين والخلخال ونحوه، ولا تكتحل بالإثمد).

أما كون المرأة لا تلبس القفازين فلما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تتنقب المرأة الحرام ولا تلبس القفازين» (١) رواه البخاري.

وفي لفظ: «نهى النساء في إحرامهن عن القفازين والنقاب» (٢).

فإن قيل: ما القفازان؟

قيل: شيء يعمل لليدين يدخلان فيه من الحر مثل ما يعمل للبزاة.

وأما كونها لا تلبس الخلخال وما أشبهه كالسوار والدملج فلأن المحرمة كالمتوفى عنها زوجها في اجتناب الطيب.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أن لبسه حرام لأنه عطفه على القفازين ولبسهما حرام فكذلك المعطوف عليهما.

قال المصنف رحمه الله في **المغني** بعد ذكر ذلك: ظاهر كلام الخرقي أنه لا يجوز لبسه. وروي عن الإمام أحمد رحمه الله على أنه قال: المحرمة والمتوفى عنها زوجها يتركان الطيب والزينة.

وظاهره تحريم الحلي المذكور.

---

(١) الممتع ٢/١٢٣

وأما الكحل بالإثمد فليس حراما بل مكروها صرح به المصنف رحمه الله في **المغني والكافي**. والأصل فيه «قول عائشة رضي الله عنها لامرأة قالت لها: اشتكت عيني وأنا محرمة: اكتحلي بأي كحل شئت غير الإثمد أو الأسود. أما إنه ليس حراما ولكنه زينة فنحن نكرهه» (٣).

وفي ذكر الإثمد دليل على عدم كراهة الاكتحال بغيره. وصرح به المصنف في **المغني**. والأصل فيه حديث عائشة المتقدم فإن فيه: «اكتحلي بأي كحل شئت غير الإثمد» (٤) مع أنها نفت الحرمة عن الإثمد فدل على أن غيره ليس بمكروه.

---

(١) سبق تخريجه في الحديث قبل السابق.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٨٢٧) ٢: ١٦٦ كتاب المناسك، باب ما يلبس المحرم.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه مختصرا (١٤٨٥١) ٣: ٣٣٥ كتاب الحج، في الكحل للمحرم والمحرمة.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٦٣ كتاب الحج، باب المحرم يكتحل بما ليس بطيب.

(٤) سبق تخريجه في الحديث السابق.." (١)

"والرواية الثانية: لا يجوز؛ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم ستة أيام ذكر منها أيام التشريق» (١).

ولأنها لا يجوز صومها نفلا فلا يجوز فرضا كالعيد.

والأولى أصح لأن دليلها خاص فيقدم على العام.

ولأن الله تعالى أمر بصيام الثلاثة في الحج ولم يبق من أيام الحج إلا هذه الأيام فيتعين الصوم فيها بأمر الله تعالى.

فعلى الرواية الأولى: لا شيء عليه لأنه لم يؤخر الصوم الواجب عن محله.

وعلى الثانية: ينظر فيه فإن كان التأخير لغير عذر وجب عليه مع فعله دم لأنه أخره عن وقته أشبه ما لو أخر رمي الجمار عن أيام التشريق، وإن أخره لعذر ففيه روايتان:

أحدهما: يلزمه دم أيضا لما ذكر.

والثانية: لا يلزمه لمكان العذر.

---

(١) الممتع ٢/١٢٦

وقال أبو الخطاب رحمه الله: لا يلزمه دم بحال سواء أخره لعذر أو لغيره لأنه صوم واجب يجب بفواته القضاء.

وذكر المصنف رحمه الله في **المغني** قول أبي الخطاب رواية عن الإمام أحمد ثم قال فيها: وهو اختيار أبي الخطاب.

وأما إن أخر الهدي وكان التأخير لعذر لم يلزمه شيء زائد على فعله لأنه تأخير لعذر فلم يلزمه غير فعله كسائر الهدايا الواجبة، وإن كان التأخير لغير عذر ففيه روايتان:

أحدهما: لا يلزمه شيء زائد كسائر الهدايا الواجبة.

---

(١) عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق عيدنا أهل الإسلام وهي أيام أكل وشرب».

أخرجه أبو داود في سننه (٢٤١٩) ٢: ٣٢٠ كتاب الصوم، باب صيام أيام التشريق.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٧٧٣) ٣: ١٤٣ كتاب الصوم، باب ما جاء في كراهية الصوم في أيام التشريق.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٠٠٤) ٥: ٢٥٢ كتاب مناسك الحج، النهي عن صوم يوم عرفة.

وأخرج أحمد في مسنده عن يونس بن شداد «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن صوم أيام التشريق». (١٦٧٢٦) ٤: ٧٧.." [١]

"وقال صاحب النهاية فيها: منشأ الخلاف -يعني بين القاضي والخرقي- أن الوطء هل هو من قبيل الاستمتاعات أم من قبيل الاستهلاكات؟

فعلى هذا إن قيل أنه من قبيل الاستمتاع وجب أن يكون كفارته على التخيير لأن اللبس والطيب استمتاع، وهما على التخيير على الصحيح.

وإن قيل: أنه من قبيل الاستهلاكات وجب أن يكون على الترتيب على الصحيح.

فإن قيل: هي على الترتيب لم يجز أن يخرج واحد مما ذكر مع وجود الذي قبله.

وإن قيل: هي على التخيير فله التكفير بما شاء من الخمسة؛ لأن هذا شأن الواجب المخيرة.

إذا تم شرح كلام المصنف رحمه الله فاعلم أن الانتقال من البدنة إلى الصيام لم أجد به قولا لأحمد ولا لأحد من الأصحاب وكأنه والله أعلم قد اختاره لما فيه من موافقة العبادلة إلا أن فيه نظرا نقلا وأثرا.

---

(١) الممتع ٢/١٣٣

أما النقل فهو أن المصنف رحمه الله قال في **المغني** في مسألة: وإن وطئ المحرم في الفرج فأنزل أو لم ينزل فسد ح جهما وعليه بدنة ويجب على المجامع بدنة. روي ذلك عن ابن عباس، فإن لم يجد فشاة. وأيضا فإنه هنا شبه فدية الوطء بفدية المتعة، والشبه إنما يكون في ذات الواجب أو في نفس الانتقال. ويرد على الأول أنه لا يجب فيها بدنة بل شاة وعلى الثاني أنه لا يجوز الانتقال في المتعة مع القدرة على الشاة. وأما الأثر فإن المروي عن العبادلة أن من أفسد حجه أفتوه إذا لم يجد الهدي انتقل إلى صيام عشرة أيام ولا يلزم في حق من لم يجد بدنة أن يقال عنه لم يجد الهدي لأنه قد لا يجد بدنة ويجد بقرة أو شاة.

قال: (ويجب بالوطء في الفرج بدنة إن كان في الحج وشاة إن كان في العمرة. ويجب على المرأة مثل ذلك إن كانت مطاوعة، وإن كانت مكرهة فلا فدية عليها. وقيل: يلزمها كفارة يتحملها الزوج عنها).

أما وجوب البدنة بالوطء في الحج؛ فلأن ذلك يروى عن ابن عباس (١).

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٢٥.." [1]

"والثاني: عليه الجزاء وهو اختيار أبي بكر؛ لأنه قتل صيدا حرميا فوجب جزاؤه كالمجمع على وجوب الجزاء فيه. وذكر المصنف رحمه الله في **المغني** أن عدم الضمان منصوص الإمام أحمد.

وأما الضمان إذا فعل ذلك بسهمه فلأنه قتل صيدا حرميا فلزمه ضمانه كما لو رمى حجرا فقتل صيدا. يحققه أن الخطأ والعمد واحد في وجوب الجزاء وهذا لا يخرج عن أن يكون واحدا منهما بخلاف مسألة الكلب على الصحيح لأن للكلب قصدا واختيارا بخلاف السهم فإنه لا قصد له ولا اختيار فانتسب الفعل إلى فاعله.." [2]

"وأما استحباب قول: اللهم! اجعله حجا مبرورا ... إلى الأكرم في بقية طوافه فلأن ذلك قول لائق بالمحل فاستحب ذكره كسائر الأدعية اللائقة بمحالها المنصوص على مشروعيتها فيها.

وأما دعاؤه بما أحب بعد ذلك فلأن ذلك موضع يستجاب فيه الدعاء غالبا والشخص قد تكون له حاجة أخروية أو دنيوية فإذا دعا بما أحب كان ذلك وسيلة إلى قضاء حاجته وبلوغ أمله.

قال: (وليس على النساء ولا أهل مكة رمل ولا اضطباع، وليس في غير هذا الطواف رمل ولا اضطباع).

أما عدم استحباب الرمل والاضطباع في حق النساء فلأن ذلك شرع لإظهار الجلد وليس مطلوبا من النساء.

---

(١) الممتع ٢/١٣٦

(٢) الممتع ٢/١٥٩

ولأن النساء يقصد منهن الستر، وفي الرمل تعرض للانكشاف وفي الاضطباع تعرض للانكشاف.

وأما عدم استحباب ذلك في حق أهل مكة فلأن ذلك شرع لما ذكر، وليس مطلوبا من أهل مكة لأنهم مقيمون.

و«لأن ابن عمر رضي الله عنهما كان إذا أحرم من مكة لم يرمل».

والمراد بأهل مكة: المقيم بها ومن أحرم بها حتى لو كان متمتعا فأحرم بالحج منها ثم عاد وقلنا يشرع له طواف القدوم لم يرمل كما ذكر في **المغني**.

وأما عدم استحبابهما في غير الطواف الأول فلأن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يرملوا ولم يضطبعوا إلا في الطواف الأول فلم يسن الإتيان بغير ما فعلوه.

ولأن الطواف الأول إنما سن فيه ذلك لفعل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه وهو منتف هنا فينتفي الاستحباب لانتفاء المقتضي.." (١)

"وأما عدم إجزائه إذا لم ينو فلقوله: «إنما الأعمال بالنيات» (١) ولقوله: «لا عمل إلا بنية» (٢).

ولأنها عبادة محضة فافتقرت إلى النية كالصلاة.

وأما من طاف محدثا أو نجسا أو عريانا ففيه روايتان:

أحدهما: لا يجزئه؛ لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الطواف بالبيت صلاة إلا أنكم تتكلمون فمن تكلم فلا يتكلم إلا بخير» (٣) رواه الترمذي ورواه الأثرم بمعناه.

وروى أبو هريرة «أن أبا بكر الصديق رضي الله عنهما بعثه في الحجة التي أمره عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع يوم النحر يؤذن لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان» (٤) متفق عليه.

ولأنه عبادة متعلقة بالبيت فكانت الطهارة والستارة فيها شرطا كالصلاة.

والرواية الثانية: يجزئه ويجبره بدم؛ أما الإجزاء فلأن الطواف عبادة لا يشترط فيها الاستقبال فلم يشترط فيها ذلك كالسعي والوقوف.

وأما جبر ذلك بدم فلأن ذلك إذا لم يكن شرطا فلا أقل من أن يكون واجبا، وترك الواجب يجبر بدم.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أن الإجزاء مع جبر الدم عام سواء أمكنه الطواف بعد طوافه على الصفة المتقدمة أو لا.

---

(١) الممتع ٢/١٧٣

وقال في **المغني**: وعن أحمد رواية أن الطهارة ليست شرطا فمتى طاف للزيارة غير متطهر أعاد ما كان يمكنه وإن رجع جبره بدم.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٨٨.

(٢) سبق تخريجه ص: ٨٨.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٩٦٠) ٣: ٢٩٣ كتاب الحج، باب ما جاء في الكلام في الطواف.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (١٥٤٣) ٢: ٥٨٦ كتاب الحج، باب لا يطوف بالبيت عريان ولا يحج مشرك.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٤٧) ٢: ٩٨٢ كتاب الحج، باب لا يحج بالبيت مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ...." [١]

"وفي لفظ: «فلا صلاة إلا التي أقيمت» (١) والطواف صلاة فيدخل تحت عموم الخبر.

ولأنه قول ابن عمر وسالم ابنه وعطاء ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم.

وأما قطعه وصلاته على الجنازة فلأن الجنازة صلاة تفوت بالتشاغل بالطواف وإذا قطع الطواف من أجل الصلاة التي أقيمت وهي لا تفوت بالتشاغل بالطواف فلأن يقطع بصلاة الجنازة وهي تفوت بالتشاغل بطريق الأولى.

وأما بناؤه في الموضعين على ما طاف فلأنه فعل فعلا مشروعا في أثناء الطواف فلم يقطعه كاليسير.

وأما تخريج مسنونية الموالاة فـ «لأن الحسن رضي الله عنه غشي عليه فلما أفاق أتمه».

ونقل المصنف رحمه الله في **المغني والكافي** عن أحمد رواية: أن الموالاة ليست بشرط مع العذر واستدل عليه بما ذكر عن الحسن.

قال: (ثم يصلي ركعتين. والأفضل أن يكون خلف المقام يقرأ فيهما: ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ [الكافرون: ١] و ﴿قل هو الله أحد﴾ [الإخلاص: ١] بعد الفاتحة).

أما استحباب صلاة ركعتين بعد فراغه من الطواف فلأن النبي صلى الله عليه وسلم صلاهما (٢).

وأما أفضلية كونهما خلف المقام، والقراءة فيهما بـ ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ و ﴿قل هو الله أحد﴾ بعد الفاتحة فلما روى جابر رضي الله عنه «أن النبي صلى الله عليه وسلم طاف بالبيت سبعا

---

(١) الممتع ٢/١٧٦

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٨٤٠٩) ط. دار التراث. من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) سيأتي تخريجه في الحديث التالي.." [١]

"وصلى خلف المقام ركعتين قرأ فيهما: ﴿قل يا أيها الكافرون﴾ و ﴿قل هو الله أحد﴾» (١) رواه مسلم.

وفي الأفضلية المذكورة تنبيه على جواز فعلهما في غير ذلك الموضع وبغير تلك القراءة وهو صحيح: أما الأول فـ «لأن عمر رضي الله عنه ركعهما بذي طوى» (٢) رواه البخاري.

وأما الثاني؛ فلأن تعيين الفاتحة في الفريضة لا تجب. فلأن لا تجب في ركعتي الطواف بطريق الأولى.

قال: (ثم يعود إلى الركن فيستلمه، ثم يخرج إلى الصفا من بابه. ويسعى سبعا يبدأ بالصفا فيرقى عليه حتى يرى البيت فيستقبله ويكبر ثلاثا ويقول: الحمد لله على ما هدانا. لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شيء قدير. لا إله إلا الله وحده لا شريك له صدق وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده. لا إله إلا الله لا نعبد إلا إياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون. ثم يلبي ويدعو بما أحب).

أما عود من فرغ من الطواف إلى الركن والمراد به الحجر الأسود -قاله المصنف في **المغني**- واستلامه وخروجه إلى الصفا من بابه وسعيه سبعا وبداؤه بالصفا ورقيه عليه واستقباله القبلة وتكبيره وقول: الحمد لله ... إلى وهزم الأحزاب وحده فلأن جابرا رضي الله عنه قال في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم بعد ركعتي الطواف: «ثم رجع إلى الركن فاستلمه ثم خرج من الباب إلى الصفا فلما دنا من الصفا قرأ: ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله﴾ [البقرة: ١٥٨] نبدأ بما بدأ الله به فبدأ بالصفا فرقى عليه حتى رأى البيت واستقبل القبلة فوحد الله وكبره وقال: لا إله إلا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير. لا إله إلا الله وحده أنجز وعده ونصر عبده وهزم الأحزاب وحده» (٣).

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٤٧٨) ٢: ٥٦٢ كتاب الحج، باب الإهلال مستقبل القبلة.

---

(١) الممتع ٢/١٧٨

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم.."
(١)

"ووقته والدفع منه والمبيت بمزدلفة، ثم ينزل فيصلي بهم الظهر والعصر يجمع بينهما بأذان وإقامتين).

أما خروجه إلى منى إلى آخره فلأن في حديث جابر رضي الله عنه: «فلما كان يوم التروية توجهوا إلى منى فأهلوا بالحج وركب رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ومكث قليلا حتى طلعت الشمس، وأمر بقبة من شعر تضرب له بنمرة. فسار رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أتى عرفة فوجد القبة قد ضربت له بنمرة. فنزل بها حتى إذا زالت الشمس أمر بالقصواء فرحلت له. فأتى بطن الوادي فخطب الناس. ثم أذن بلال ثم أقام فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ثم لم يصل بينهما شيئا» (١).

وأما تعليم الناس في الخطبة الوقوف ووقته والدفع منه والمبيت بمزدلفة فليذكر العالم ويتعلم الجاهل.

وأما الجمع فظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه يجوز لكل من حضر عرفة من مكة وغيرها وصرح به في المغني، وعلله بأن النبي صلى الله عليه وسلم جمع وجمع الناس معه ولم يأمر المكيين بترك الجمع كما أمرهم بترك القصر حين قال: «أتموا فإنا سفر» (٢). ولو حرم الجمع لبينه لهم؛ لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وبـ «أن عثمان كان يتم الصلاة» لأنه اتخذ بمكة أهلا ولم يبلغنا أنه ترك الجمع ولو تركه لنقل كما نقل الإتمام.

وقال أصحابنا القاضي وأبو الخطاب وابن عقيل: يختص بمن بينه وبين وطنه مسافة القصر؛ لأن سبب الجمع السفر الطويل فلا يجوز إلا حيث وجد سببه.

ولأن الجمع كالقصر والقصر يختص بمن ذكر فكذا الجمع.

قال: (ثم يروح إلى الموقف. وعرفة كلها موقف إلا بطن عرنة. وهي من الجبل المشرف على عرنة إلى الجبال المقابلة له إلى ما يلي حوائط بني عامر).

أما رواحه إلى عرفة إذا رحل من نمرة فلأن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا فعل (٣).

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٢٢٩) ٢: ٩ كتاب صلاة السفر، باب متى يتم المسافر.

---

(١) الممتع ٢/١٧٩

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٩١ كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم.." (١)

"فعلى قولنا هو نسك هل يجب عليه دم إذا أخره عن أيام منى؟ فيه روايتان:

أحدهما: لا دم عليه لأن الله تعالى قال: ﴿ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله﴾ [البقرة: ١٩٦] فبين أول وقته ولم يخصه فيما بعد ذلك بوقت.

ولأنه نسك فلم يكن عليه دم بتأخيره كالسعي.

والثانية: عليه دم؛ لأنه ترك النسك في وقته أشبه تأخير الرمي.

والأول أولى لما ذكر.

وعلى قولنا هو إطلاق من محظور هو مخير بين فعله في أيام منى وبين تأخيره وبين تركه والأخذ من بعضه دون بعض؛ لأنه ليس بواجب أشبه سائر ما ليس بواجب.

وأما قول المصنف رحمه الله: ويحصل التحلل بالرمي وحده فيحتمل أنه معطوف على قوله: لا شيء في تركه فيكون من تكملة قوله: وعنه أنه إطلاق من محظور.

فعلى هذا يكون حصول التحلل بالرمي وحده على قولنا: الحلق إطلاق من محظور لا على قولنا: هو نسك، ويعضده قوله فيما تقدم: ثم قد حل له كل شيء إلا النساء؛ لأن ظاهره أن التحلل إنما يحصل بالرمي والحلق معا؛ لأنه ذكر التحلل بلفظ ثم بعد ذكر الرمي والحلق، ويحتمل أنه مستقل وأن التحلل يحصل بالرمي وحده وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله. وفي الجملة فيما يحصل به التحلل روايتان:

أحدهما: لا يحصل إلا بهما؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في حديث عائشة رضي الله عنها: «إذا رمى أحدكم جمرة العقبة وحلق رأسه فقد حل له كل شيء إلا النساء» (١) رواه الأثرم. رتب الحل عليهما فلا يحصل إلا بهما.

ولأنهما نسكان يعقبهما الحل فكان حاصلا بهما كالطواف والسعي في العمرة.

والرواية الثانية: أنه يحصل بالرمي وحده.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: هذا هو الصحيح.

ولأن في حديث أم سلمة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إن هذا يوم رخص لكم فيه إذا رميتم الجمرة أن تحلوا من كل شيء حرم فيه إلا النساء» (٢).

---

(١) الممتع ٢/١٨٥

(١) سبق تخريجه ص: ١٩٩.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٩٩٩) ٢: ٢٠٧ كتاب المناسك، باب الافاضة في الحج.." [١]

"وأما حل كل شيء لمن فعل جميع ما تقدم ذكره من طواف الزيارة والرمي والنحر والحلق فلقول ابن عمر رضي الله عنهما: «لم يحل النبي صلى الله عليه وسلم من شيء حرم منه حتى قضى حجه ونحر هديه يوم النحر فأفاض بالبيت ثم حل من كل شيء حرم منه» (١).

وعن عائشة رضي الله عنها مثله (٢) متفق عليهما.

وقول المصنف رحمه الله: ثم حل بعد قوله سعى يدل على توقف الحل على السعي وهو كذلك إن قلنا هو ركن أو واجب، وإن قلنا هو سنة فقال المصنف رحمه الله في **المغني**: احتمل أن يحل عقيب الطواف قبل السعي لأنه لم يبق عليه واجب من الحج، واحتمل أن لا يحل حتى يسعى لأنه من أفعال الحج فيأتي به في إحرام الحج.

قال: (ثم يأتي زمزم فيشرب منها لما أحب ويتضلع منه ويقول: بسم الله، اللهم! اجعله لنا علما نافعا، ورزقا واسعا، وريا وشبعا وشفاء من كل داء، واغسل به قلبي، واملأه من خشيتك) (٣).

أما إتيانه زمزم بعد سعيه وشربه منه فلما روى جابر رضي الله عنه في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ثم أتى بني عبدالمطلب وهم يسقون فناولوه فشرب منه» (٤).

وأما قصده بشربه ما أحب فلما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ماء زمزم لما شرب له» (٥) رواه ابن ماجة.

وأما تضلعه منه ف «لأن ابن عباس رضي الله عنهما قال لرجل تضلع منها: فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إن آية ما بيننا وبين المنافقين لا يتضلعون من زمزم» (٦) رواه ابن ماجة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٠٦) ٢: ٦٠٧ كتاب الحج، باب من ساق البدن معه.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢٧) ٢: ٩٠١ كتاب الحج، باب وجوب الدم على المتمتع ...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ٢: ٦٠٧ كتاب الحج، باب من ساق البدن معه.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٢٨) ٢: ٩٠٢ كتاب الحج، باب وجوب الدم على المتمتع ...

(١) الممتع ٢/١٩٩

(٣) في المقنع: خشيتك وحكمتك.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٩١ كتاب الحج، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم.

(٥) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٦٢) ٢: ١٠١٨ كتاب المناسك، باب الشرب من زمزم.

(٦) أخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٦١) ٢: ١٠١٧ كتاب المناسك، باب الشرب من زمزم.." [١]

"وعن عائشة رضي الله عنها قالت: «طاف النبي صلى الله عليه وسلم فطاف المسلمون –تعني بين الصفا والمروة– ولعمري ما أتم الله حج من لم يطف بين الصفا والمروة» (١).

وعن أحمد رحمه الله: هو سنة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ [البقرة: ١٥٨].

وروي أن في مصحف أبي وابن مسعود: فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما.

وقراءة من ذكر إن لم تكن قرآنا فلا تنحط عن درجة الخبر.

ولأنه نسك ذو عدد لا يتعلق بالبيت فلم يكن ركنا كالرمي.

واختار القاضي أنه واجب؛ لأنه فعل من أفعال الحج فكان واجبا لا ركنا كطواف الوداع.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: الذي قال القاضي أقرب إلى الحق إن شاء الله تعالى؛ لأن ما روت عائشة رضي الله عنها من فعل النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه دليل وجوبه ولا يلزم كونه ركنا كالرمي والحلق وغيرهما.

وقولها: «ما أتم الله حج من لم يطف» (٢) معارض بقول غيرها، وحديث حبيبة فيه كلام. ثم هو يدل على أنه مكتوب والواجب مكتوب والآية نزلت؛ «لأن ناسا تحرجوا من السعي لأجل صنمين كانا بين الصفا والمروة» (٣) كذلك قالت عائشة رضي الله عنها.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢٧٧) ٢: ٩٢٨ كتاب الحج، باب بيان أن السعي بين الصفا والمروة ركن لا يصح الحج إلا به.

(٢) سبق تخريجه في الحديث السابق.

(٣) أخرج البخاري في صحيحه عن هشام بن عروة عن أبيه أنه قال: «قلت لعائشة رضي الله عنها زوج النبي صلى الله عليه وسلم وأنا يومئذ حديث السن أرأيت قول الله تبارك وتعالى: ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾ فلا أرى على أحد شيئا أن لا يطوف

---

(١) الممتع ٢/٢٠٤

بهما؟ فقالت عائشة: كلا، لو كانت كما تقول كانت فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما إنما أنزلت هذه الآية في الأنصار كانوا يهلون لمناة وكانت مناة حذو قديد وكانوا يتحرجون أن يطوفوا بين الصفا والمروة، فلما جاء الإسلام سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأنزل الله تعالى: ﴿إن الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما﴾». (١٦٩٨) ٢: ٦٣٥ أبواب العمرة، باب يفعل في العمرة ما يفعل في الحج.." (١)

"والثانية: لا يقضيه «لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن الحج أكثر من مرة قال: بل مرة واحدة» (١) ولو وجب قضاء النافلة كان الحج أكثر من مرة.

ولأنها عبادة تطوع بها فإذا فاتت لم يلزمه قضاؤها كسائر التطوعات.

والرواية الأولى أولى. نص عليه ابن عقيل؛ لأن في حديث عطاء المذكور قبل: «الحج من قابل» (٢). وفي حديث عمر لأبي أيوب: «فإن أدركت الحج قابلا حج» (٣).

ولأن الحج يلزم بالشروع فيصير كالمنذور بخلاف سائر التطوعات.

وأما لزوم الهدي ففيه روايتان:

أحدهما: لا يلزم؛ لأنه لو كان الفوات سببا لوجوب الهدي للزم المحصر هديان للفوات والإحصار.

والرواية الثانية: يلزمه هدي؛ لأن في حديث عطاء: «من فاته الحج فعليه دم» (٤).

ولأنه قول من تقدم ذكره من الصحابة.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: وهي الصحيحة.

فعلى هذا إن قلنا يقضي ذبحه في سنة القضاء نص عليه لما روى سليمان بن يسار (٥) »أن هبار بن الأسود حج من الشام فقدم يوم النحر. فقال له عمر: انطلق إلى البيت فطف به سبعا وإن كانت معك هدية فانحرها ثم إذا كان عام قابل فاحجج وإن وجدت سعة فاهد وإن لم تجد فصم ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعت» (٦).

وإن قلنا لا قضاء عليه ذبحه في عامه؛ لأنه لا معنى لتأخيره.

قال: (وإن أخطا الناس فوقفوا في غير يوم عرفة أجزأهم، وإن أخطأ بعضهم فقد فاته الحج).

أما الإجزاء إذا أخطأ الناس؛ فلأنه لا يؤمن مثله في القضاء فيشق.

---

(١) الممتع ٢/٢٢٠

(١) سبق تخريجه من حديث أبي هريرة ص: ٦٩.

(٢) سبق تخريج حديث عطاء قريبا.

(٣) سبق تخريجه قريبا.

(٤) سبق تخريج حديث عطاء ص: ٢٢٦.

(٥) في ج: سليمان بن دينار.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٧٤ كتاب الحج، باب ما يفعل من فاته الحج.." (١)

"وأما عدم إجزاء الذبح في ليلتي يومي الذبح المتقدم ذكرهما عند الخرقي فلأن الله تعالى قال: ﴿ويذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الأنعام﴾ [الحج: ٢٨] واليوم اسم لبياض النهار.

وعن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه نهى عن الذبح بالليل» (١).

ولأن الليل يتعذر فيه تفريق اللحم في الغالب فلا يفرق طريا فيفوت بعض المقصود. وذكر المصنف رحمه الله في **المغني**: أن قول الخرقي منصوص أحمد. رواه الأثرم عنه.

وأما الإجزاء على قول غير الخرقي فلأن الليل زمن يصح فيه الرمي فصح فيه الذبح كالنهار.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: أكثر من علمته من أصحابنا يذكرون رواية أنه يجوز الذبح بالليل ويختارونها.

وأما ذبح الواجب قضاء إذا فات الوقت فلأن الذبح أحد مقصودي الأضحية فلا يسقط بفوات وقته كما لو ذبحها ولم يفرق لحمها حتى يخرج الوقت.

وأما سقوط التطوع فلأن المحصل لتلك الفضيلة ذلك الزمان بدليل ما لو ذبحها قبل العيد فإذا فات سقط لفوات شرطه.

قال: (ويتعين الهدي بقوله: هذا هدي أو تقليده وإشعاره مع النية. والأضحية بقوله: هذه أضحية. ولو نوى حال الشراء لم يتعين بذلك).

أما تعين الهدي بقوله: هذا هدي فلأنه لفظ يقتضي الإيجاب فوجب أن يترتب عليه مقتضاه كلفظ الوقف.

---

(١) ذكره ابن حجر في تلخيصه وعزاه إلى الطبراني من حديث ابن عباس، قال: وفيه سليمان بن سلمة

---

(١) الممتع ٢/٢٢٥

الخبائري، وهو متروك. ٤: ٢٦٠.

وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى (٩: ٢٩٠) عن الحسن: «نهي عن جداد الليل، وحصاد الليل، والأضحى بالليل».." (١)

"وقال القاضي: لا يلزمه إلا القيمة كالأجنبي.

والأول أولى؛ لما ذكر قبل بخلاف الأجنبي.

وأما جواز إخراج فضل القيمة إذا ضمنها بمثلها فلأن ذلك بمنزلة ما لو أخرج في الزكاة عن الجياد مكسرة وأخرج الفضل.

فإن قيل: ما مثال فضل القيمة عن المثل؟

قيل: أن تكون الأضحية يوم الإتلاف تساوي عشرة فصار مثلها يساوي خمسة فإذا اشترى مثلها بخمسة بقي عليه خمسة.

فإن قيل: بقاء الخمسة المذكورة عليه على قولنا يلزمه أكثر الأمرين أو على قولنا يلزمه قيمتها؟

قيل: بل ذلك عليه على القولين جميعا. ولذلك قال المصنف رحمه الله في **المغني** في هذه الصورة: تلزمه عشرة وجها واحدا. وهو صحيح لأن من قال تلزمه القيمة فالقيمة عشرة، ومن قال يلزمه أكثر الأمرين فالقيمة هنا أكثر الأمرين.

وأما ما يصنع بالفضل فنقول: إن أمكنه أن يشتري شاة أو سبع بدنة كما في هذه الصورة لزمه؛ لأن الذبح مقصود في الأضحية فإذا أمكنه الإتيان به لزمه وإن لم يتسع الفضل لشاة أو سبع بدنة فظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا: أنه يتخير بين شراء لحم وبين التصدق بالفضل لأنه ذكره بلفظ أو المقتضية للتخيير وفي المسألة وجهان:

أحدهما: كما ذكر المصنف رحمه الله؛ لأنه إذا لم يحصل له التقرب بإراقة الدم كان اللحم وثمنه سواء.

الثاني: يتعين عليه شراء اللحم مع القدرة عليه؛ لأن الذبح وتفرقة اللحم مقصودان فإذا تعذر أحدهما وجب الآخر وهكذا حكم الأجنبي إذا لم تبلغ القيمة ثمن أضحية.

وأما عدم الضمان إذا تلفت بغير تفريط فلما تقدم من أنها أمانة فلم يضمنها بغير تفريط كالوديعة.." (٢)

---

(١) الممتع ٢/٢٤١

(٢) الممتع ٢/٢٤٦

"وأما ضمان أقل ما يجزئ في الصدقة منها إذا أكلها كلها فلأن الله تعالى قال: ﴿وأطعموا القانع والمعتر﴾ [الحج: ٣٦] أمر والأمر للوجوب فإذا وجب التصدق بشيء منها وجب أن يضمنه إذا أكله كسائر الواجبات المتلفة.

ولم يذكر المصنف رحمه الله مقدار ما يجب. وصرح في **الكافي** بأن صدقة الأوقية تجزئ لأنه يحصل به الوفاء بالأمر.

فعلى هذا يضمن هذا القدر.

وقال أبو الخطاب: يضمن القدر المشروع للصدقة. وهو منصوص الإمام أحمد. وفيه نظر.

قال: (ومن أراد أن يضحي فدخل العشر فلا يأخذ من شعره وبشرته شيئا. وهل ذلك حرام؟ على وجهين).

أما عدم أخذ من أراد أن يضحي فدخل العشر شيئا من شعره وبشرته حتى يضحي فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من أراد أن يضحي فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئا حتى يضحي» (١).

وأما حرمة ذلك ففيه وجهان:

أحدهما: لا يحرم ويكره: أما عدم الحرمة فلقول عائشة رضي الله عنها: »كنت أفتل قلائد الهدي لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يبعث بها، ولا يحرم عليه شيء أحله الله له حتى ينحر الهدي» (٢).

وأما الكراهة فلأن أدنى أحوال النهي الكراهة.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٩٧٧) ٣: ١٥٦٥ كتاب الأضاحي، باب نهي من دخل عليه عشر ذي الحجة، وهو مريد التضحية، أن يأخذ من شعره أو أظفاره شيئا.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦١٣) ٢: ٦٠٩ كتاب الحج، باب من قلد القلائد بيده.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٢١) ٢: كتاب الحج، باب استحباب بعث الهدي إلى الحرم لمن لا يريد الذهاب بنفسه.." (١)

"وأما كونها تستحب لمن قدر عليها فلأن في إقامته تكثيرا لعددهم واختلاطا بهم. وإنما لم تجب عليه لقدرته على إظهار دينه.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله: أن الهجرة على ضربين: واجبة ومستحبة.

وقال في **المغني**: الناس على ثلاثة أضرب:

---

(١) الممتع ٢/٢٥٧

أحدها: من تستحب له ولا تجب عليه.

والثاني: من تجب عليه.

والثالث: من تسقط عنه. وهو: من يعجز عنها (١) لمرض، أو إكراه على إقامة، أو ضعف. فهذا لا يجب عليه ولا يوصف باستحباب؛ لقوله تعالى: ﴿إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان ... الآية﴾ [النساء: ٩٨]. وفيه نظر.

قال: (ولا يجاهد من عليه دين لا وفاء له، ومن أحد أبويه مسلم: إلا بإذن غريمه وأبيه، إلا أن يتعين عليه الجهاد فإنه لا طاعة لهما في ترك فريضة).

أما كون من عليه دين لا وفاء له لا يجاهد إذا لم يأذن له غريمه في الجهاد مع عدم تعين ذلك عليه؛ فلأن الجهاد يقصد منه الشهادة وبها تفوت النفس فيفوت الحق لفواتها.

وفي تقييد المصنف رحمه الله الدين بأنه لا وفاء له إشعار بأنه إن كان له وفاء فله أن يجاهد بغير إذن وهو صحيح. نص عليه أحمد رحمه الله؛ «لأن عبدالله بن حزام أبا جابر خرج إلى أحد وعليه دين كثير. فاستشهد وقضاه عنه ابنه بعلم النبي صلى الله عليه وسلم» (٢) ولم ينكر (٣) ذلك.

---

(١) في هـ: عنهما.

(٢) روى البخاري في صحيحه من حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما: «أن أباه قتل يوم أحد شهيدا، وعليه دين فأشتد الغرماء في حقوقهم، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم، فسألهم أن يقبلوا تمر حائطي ويحللوا أبى فأبوا، فلم يعطهم النبي صلى الله عليه وسلم حائطي، وقال: سنغدو عليك. فغدا علينا حين أصبح فطاف في النخل، ودعا في ثمرها بالبركة، فجددتها فقضيتهم وبقي لنا من تمرها». (٢٢٦٥) ٢: ٨٤٣ كتاب الاستقراض، باب إذا قضى دون حقه أو حلله فهو جائز.

(٣) في هـ: يذكر.." (١)

"وفي معنى الوفاء إقامة الكفيل المليء لأن الدين الذي له وفاء إنما لم يمنع من الجهاد لعدم ضياع حق الغريم بتقدير قتله في الجهاد وذلك حاصل في الكفيل المليء.

وأما كون من أحد أبويه مسلم لا يجاهد إذا لم يأذن له أبوه مع عدم تعين الجهاد عليه «فلأن رجلا هاجر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقال له: هل لك باليمن أحد؟ قال: نعم. أبوان. قال: ارجع فاستأذنهما:

---

(١) الممتع ٢/٢٦٩

فإن أذنا لك فجاهد، وإلا فبرهما» (١) رواه أبو داود.

وروى عبدالله بن عمرو بن العاص قال: «جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: يا رسول الله! أجاهد. فقال لك أبوان؟ فقال: نعم. قال: ففيهما فجاهد» (٢).

وروى الترمذي عن ابن عباس مثله، وقال هذا حديث حسن صحيح.

ولأن بر الوالدين فرض عين والجهاد فرض كفاية وفرض العين مقدم.

ولا فرق فيما ذكر بين الأب والأم. ولذلك قال المصنف رحمه الله: ومن أحد أبويه مسلم.

وفي قول المصنف رحمه الله: مسلم تنبيه على أنه لا يعتبر إذن الكافر منهما. وصرح به في **المغني**؛ لأن كثيرا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يجاهدون وآباؤهم مشركون لا يستأذنونهم منهم: أبو بكر الصديق، وأبو عبيدة.

وأما كون من ذكر يجاهد بغير إذن من ذكر إذا تعين الجهاد عليه فلأنه يصير حينئذ فرض عين وتركه معصية. ولذلك قال المصنف: فإنه لا طاعة لهما في ترك فريضة.

ولأن الجهاد حينئذ عبادة متعينة فلم يعتبر إذن أحد فيها كالصلاة.

قال: (ولا يحل للمسلمين الفرار من ضعفهم إلا متحرفين للقتال، أو متحيزين إلى فئة. وإن زاد الكفار فلهم الفرار إلا أن يغلب على ظنهم الظفر).

أما كون المسلمين لا يحل لهم الفرار من الكفرة في الجملة فلأن الله تعالى قال: ﴿إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار ... الآية﴾ [الأنفال: ١٥].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٣٠) ٣: ١٧ كتاب الجهاد، باب في الرجل يغزو وأبواه كارهان.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٢٩) الموضع السابق.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٦٧١) ٤: ١٩١ كتاب الجهاد، باب: ما جاء فيمن خرج في الغزو وترك أبويه. قال: وفي الباب عن ابن عباس.." [١]

"وأما كونهم لهم الفرار إذا زاد عدد الكفار على ضعف المسلمين فلأن شرط عدم الحل أن لا يزيد، وذلك مفقود هاهنا.

وأما قول المصنف رحمه الله: إلا أن يغلب على ظنهم الظفر فاستثناء من كون المسلمين لهم الفرار مع

---

(١) الممتع ٢/٢٧٠

الزيادة. فعلى هذا إن غلب على ظنهم الظفر لا يحل لهم الفرار وإن كثر العدو. وصرح في **المغني**: بأن ذلك أولى وليس بواجب. وهذا هو الذي حكاه من علمنا من الأصحاب؛ لأن الله أباح له الفرار من الزائد على ضعفه مطلقا من غير تفصيل فلا يقيد بغير ذلك. فعلى هذا يحمل استثناء المصنف على الأولى؛ لما فيه من الجمع بين نقليه وموافقة الأصحاب. ويصححه أن قوله: فلهم الفرار إذن في الفرار.

وللإذن صور:

أحدها: أن يؤذن له مع أن الفرار والثبات سواء كمن استوى عنده الظفر والهلاك.

والثانية: أن يؤذن له مع أن الثبات أولى كمن غلب على ظنه الظفر.

والثالثة: أن يؤذن له مع أن الفرار مستحب كمن غلبت على ظنه السلامة بفراره، والهلاك وكسر قلوب المسلمين بثباته. فيكون المصنف قد استثنى من مطلق اللفظ أحد محامله وذلك جائز.

ولو قيل بوجوب ما اقتضاه ظاهر لفظ المصنف لم يكن فيه بعدا؛ لأن الجهاد إنما وجب نكاية للعدو وإظهارا لكلمة الحق فإذا غلب على ظنه الظفر تعين وإن كثروا تخليصا لمقصود ما وجب الجهاد لأجله.

قال: (وإن ألقي في مركبهم نار فعلوا ما يرون السلامة فيه، فإن شكوا فعلوا ما شاؤا من المقام أو إلقاء نفوسهم في الماء، وعنه: يلزمهم المقام).

أما كون من ألقي في مركبهم نار يفعلون ما يرون فيه السلامة فلأن حفظ الروح واجب، وغلبة الظن قائمة مقام اليقين في كثير من الأحكام فليكن هاهنا كذلك.

وأما كونهم إذا شكوا يفعلون ما شاؤا من المقام أو إلقاء نفوسهم في الماء على المذهب فلأنهم ابتلوا بشرين لا مزية لأحدهما على الآخر.

وأما كونهم يلزمهم المقام على رواية فلأنهم إذا رموا نفوسهم كان موتهم بفعلهم بخلاف إقامتهم فإن موتهم بفعل غيرهم.." (١)

"فصل [في أحكام القتال]

(ويجوز تبييت الكفار، ورميهم بالمنجنيق، وقطع المياه عنهم، وهدم حصونهم).

أما كون تبييت الكفار وهو كبسهم ليلا وقتلهم وهم غارون يجوز؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم شن الغارة على بني المصطلق ليلا» (١).

ولا فرق بين أن يكون فيهم نساؤهم وذراريهم أو لم يكن «لأن النبي صلى الله عليه وسلم سئل: إنا نبيت

---

(١) الممتع ٢/٢٧٢

العدو وفيهم النساء والصبيان. فقال: هم منهم» (٢) متفق عليه.

ولأن ذلك لو منع لأفضى إلى تعطيل الجهاد.

وأما كون رميهم بالمجنيق يجوز فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف» (٣) أخرجه الترمذي مرسلا.

وعن عمرو بن العاص «أنه نصب المنجنيق على الإسكندرية» (٤).

وسواء في ذلك الحاجة وعدمها.

قال المصنف في **المغني**: هو ظاهر كلام أحمد.

---

(١) عن ابن عمر رضي الله عنه «أن النبي صلى الله عليه وسلم أغار على بني المصطلق وهم غارون».

أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٠٣) ٢: ٨٩٨ كتاب العتق، باب من ملك من العرب رقيقا فوهب وباع وجامع وفدى وسبى الذرية.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٣٠) كتاب الجهاد والسير، باب جواز الإغارة على الكفار الذين بلغتهم دعوة الإسلام.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٨٥٠) ٣: ١٠٩٧ كتاب الجهاد والسير، باب أهل الدار يبيتون فيصاب الولدان والذراري.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٤٥) ٣: ١٣٦٥ كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتل النساء والصبيان في البيات من غير تعمد.

(٣) ذكره الترمذي في جامعه ٥: ٩٤ كتاب الأدب، باب ما جاء في الأخذ من اللحية.

وأخرجه أبو داود في المراسيل من حديث أيوب السختياني. ص: ١٨٣ كتاب الجهاد، باب في فضل الجهاد.

(٤) ذكره البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٨٤ كتاب السير، باب قطع الشجر وحرق المنازل.." [١]

"والأول أولى؛ لأن دليل الرواية منسوخ.

وأما كون الأمير يخير في غير الكتابي، وهو: من لا يقر على دينه كعبدة الأوثان بين القتل والمن والفداء فلما تقدم.

---

(١) الممتع ٢/٢٧٤

وأما كونه له استرقاقه في رواية فكالكتابي.

وأما كونه ليس له ذلك في رواية فلأنه لا يقر بالجزية. وهذه الصورة هي المراد من قول المصنف (١): إلا غير الكتابي ففي استرقاقه روايتان. وهو استثناء من قوله: ويخير الأمير بين القتل أي يخير الأمير في الكتابي بين أمور أربعة وفاقا. وفي غير الكتابي يخير بين أمور ثلاثة وفي الرابع خلاف.

فإن قيل: أيدخل فيما ذكر العبد والنساء والصبيان والرهبان ومن كان زمنا أو أعمى أو شيخا فانيا أو نحو ذلك؟

قيل: لا؛ لأنهم لا يجوز قتلهم: أما العبد فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أدركوا خالدا فمروه أن لا يقتل عسيفا» (٢).

وأما البواقي فلما مر.

فإن قيل: ما حكمهم؟

قيل: يصيرون أرقاء بنفس السبي لأنهم مال لا ضرر في اقتنائهم أشبهوا البهائم.

وصرح المصنف رحمه الله في **المغني** في فصل: أن الكافر إذا كان مولى مسلم: على جواز استرقاق الشيخ الزمن. ونقله غيره من الأصحاب فقال: كل من لا يقتل كالأعمى وغيره يرق بنفس السبي.

وقال المصنف رحمه الله في **الكافي**: الرجال الذين يحرم قتلهم كالشيخ الفاني ونحوه لا يجوز سبيهم؛ لأنه لا نفع فيهم. وطريق الجمع بين نقليه ونقل غيره: أن من لا يجوز قتله إن كان فيه نفع جاز سبيه، وإلا فلا. وتعليله في **الكافي** يؤيد هذا الجمع. إلا أنه يمكن أن يقال: ما من أحد إلا وفيه نفع لأن الزمن يمكن كونه ناطورا، والأعمى يمكن كونه ينفخ في كور الحداد؛ كما روي عن عمر «أنه أمر من كان من الصحابة كذلك بذلك».

---

(١) سقط لفظ: المصنف من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٦٩) ٣: ٥٣ كتاب الجهاد، باب في قتل النساء.." [1]

"وأما كون الأمير لا يجوز له أن يختار إلا الأصلح للمسلمين من الأمور المتقدم ذكرها فلأنه نائب للمسلمين فلا يجوز له فعل ما غلب على ظنه أنه لا مصلحة فيه.

فإن قيل: فإن تردد.

---

(١) الممتع ٢/٢٨١

قيل: القتل أولى.

وأما كون من أسلم ممن تقدم ذكره يرق في الحال فلأنه يحرم قتله لقوله عليه السلام: «لا يحل دم امرء مسلم إلا بإحدى ثلاث» (١)، وهذا مسلم، وإذا كان قتله حراما وجب أن يصير رقيقا كالمرأة.

وقال المصنف رحمه الله في **الكافي**: يخير فيهم الإمام بين المن عليهم وبين فدائهم وبين إرقاقهم؛ لأنه إذا جاز ذلك في حال كفرهم ففي حال إسلامهم بطريق الأولى.

قال: (ومن سبي من أطفالهم منفردا، أو مع أحد أبويه فهو مسلم. وإن سبي مع أبويه فهو على دينهما).

أما كون من سبي من أطفال الكفار منفردا أو مع أحد أبويه مسلما فلما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كل مولود يولد على الفطرة. وإنما أبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه» (٢) رواه مسلم.

جعل التبعية لأبويه فإذا سبي منفردا أو مع أحدهما انقطعت تبعيته عنهما فوجب بقاؤه على حكم الفطرة.

وأما كونه على دين أبويه إذا سبي معهما فلأن التبعية باقية.

قال: (ولا ينفسخ النكاح باسترقاق الزوجين. وإن سبيت المرأة وحدها انفسخ نكاحها وحلت لسابيها).

أما كون نكاح الزوجين لا ينفسخ باسترقاقهما فلأن الرق معنى لا يمنع ابتداء النكاح فلا يقطع استدامته كالعتق.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٤٨٤) ٦: ٢٥٢١ كتاب الديات، باب قول الله تعالى: ﴿أن النفس بالنفس والعين بالعين ... ﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٧٦) ٣: ١٣٠٢ كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب ما يباح به دم المسلم.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٦٥٨) ٤: ٢٠٤٧ كتاب القدر، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة.."

(١)

"ولأنه لا يفرق بين الوالد والولد الطفل وفاقا فكذلك كل ذوي رحم محرم.

وأما كونهم لا يفرق بينهم بعد البلوغ على رواية فلما ذكر قبل.

وأما كونهم يفرق بينهم على رواية فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يفرق بين الأم وولدها. فقيل: إلى متى؟ قال: حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية» (١).

---

(١) الممتع ٢/٢٨٢

ولأن الأحرار يتفرقون بعد البلوغ فالعبيد أولى.

قال: (وإذا حصر الإمام حصنا لزمه مصابرته إذا رأى المصلحة فيه، فإن أسلموا أو من أسلم منهم أحرز دمه وماله وأولاده الصغار، وإن سألوا الموادعة بمال أو غيره جاز إن كانت المصلحة فيه، وإن نزلوا على حكم حاكم جاز إذا كان بالغا عاقلا من أهل الاجتهاد).

أما كون الإمام إذا حصر حصنا يلزم مصابرته إذا رأى المصلحة فيها فلأن عليه فعل ما فيه مصلحة المسلمين وقد وجدت. وكلام المصنف رحمه الله مشعر بأن الإمام إذا رأى المصلحة في الانصراف جاز. وهو صحيح. صرح به في المغني؛ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم حاصر أهل الطائف فلم ينل منهم شيئا فانصرف قبل فتح الحصن» (٢).

وأما قول المصنف رحمه الله: فإن أسلموا ... إلى آخره فمشعر بأنه يزول اللزوم المذكور إذا وجد منهم إسلام أو سؤال موادعة أو نزول على حكم حاكم. وهو صحيح: أما زواله بالإسلام فلقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» (٣). فعلى هذا من أسلم منهم حقن دمه وماله وأولاده الصغار: أما الدم والمال فلأن في تتمة الحديث المذكور: «فإذا قالوها عصموا مني دمائهم وأموالهم».

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ١٢٨ كتاب السير، باب الوقت الذي يجوز فيه التفريق.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٠٧٠) ٤: ١٥٧٢ كتاب المغازي، باب غزوة الطائف.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥) ١: ١٧ كتاب الإيمان، باب ﴿فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢) ١: ٥٣ كتاب الإيمان، باب الأمر بقتال الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله ...." (١)

"وأما الأولاد فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم حاصر بني قريظة فأسلم أبناء سعية، فأحرز إسلامهما أموالهما وأولادهما» (١).

ولأن الأولاد الصغار تبع لهم في الإسلام فكذلك في العصمة.

وأما زواله بالموادعة فلأن الغرض إعلاء كلمة الإسلام وصغار الكفرة وذلك حاصل. فعلى هذا يجوز بالمال

---

(١) الممتع ٢/٢٨٤

وبغير مال كما يجوز المن عليهم.

واشترط بعض الأصحاب في عقدها بغير مال أن يعجز المسلمون أو يستضروا بالمقام ليكون ذلك عذرا في الانصراف.

وأما زواله بالنزول على حكم حاكم فـ «لأن بني قريظة حين حصرهم النبي صلى الله عليه وسلم نزلوا على حكم سعد بن معاذ» (٢).

فعلى هذا يشترط في الحاكم أن يكون مسلما حرا بالغا عاقلا مجتهدا؛ لأنه حكم أشبه ولاية القضاء.

ولم يذكر المصنف رحمه الله اشتراط ذكوريته واشترطه في الكافي كذلك.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن عاصم بن عمرو بن قتادة عن شيخ من قريظة أنه قال: «هل تدري عما كان إسلام ثعلبة وأسيد ابني سعية وأسد بن عبد نفر من هدل لم يكونوا من بني قريظة ولا نضير كانوا فوق ذلك فقلت: لا. قال: فإنه قدم علينا رجل من الشام من يهود يقال: له ابن الهيبان فأقام عندنا والله ما رأينا رجلا قط لا يصلي الخمس خيرا منه فقدم علينا قبل مبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بسنتين فكنا إذا قحطنا وقل علينا المطر نقول له يا ابن الهيبان أخرج فاستسق لنا فيقول لا والله حتى تقدموا أمام مخرجكم صدقة فنقول: كم نقدم؟ فيقول صاعا من تمر أو مدين من شعير ثم يخرج إلى ظاهرة حرتنا ونحن معه فيستقي فوالله ما يقوم من مجلسه حتى تمر الشعاب قد فعل ذلك غير مرة ولا مرتين ولا ثلاثة فحضرته الوفاة فاجتمعنا إليه فقال: يا معشر يهود ما ترونه أخرجني من أرض الخمر والخمير إلى أرض البؤس والجوع فقلنا: أنت أعلم فقال: إنه إنما أخرجني أتوقع خروج نبي قد أظل زمانه هذه البلاد مهاجره فاتبعه فلا تسبقن إليه إذا خرج يا معشر يهود فإنه يسفك الدماء ويسبي الذراري والنساء ممن خالفه فلا يمنعكم ذلك منه ثم مات فلما كانت تلك الليلة التي افتتحت فيها قريظة قال: أولئك الفتية الثلاثة وكانوا شبانا أحداثا يا معشر يهود للذي كان ذكر لكم ابن الهيبان قالوا: ما هو؟ قالوا: بلى والله لهو يا معشر اليهود أنه والله لهو لصفته ثم نزلوا فأسلموا وأخلوا أموالهم وأولادهم وأهاليهم قال: وكانت أموالهم في الحصن مع المشركين فلما فتح رد ذلك عليهم» ٩: ١١٤ كتاب السير، باب الحربي يدخل بأمان وله مال في دار الحرب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٨٩٦) ٤: ١٥١١ كتاب المغازي، باب مرجع النبي صلى الله عليه وسلم من الأحزاب ومخرجه إلى قريظة.." [١]

"قال: (ولا يحكم إلا بما فيه حظ للمسلمين من: القتل، والسبي، والفداء. فإن حكم بالمن لزم قبوله في أحد الوجهين، وإن حكم بقتل أو سبي فأسلموا عصموا دماءهم، وفي استرقاقهم وجهان).

أما كون الحاكم المذكور لا يحكم إلا بما فيه حظ للمسلمين من الأمور المذكورة فلأنه نائب الإمام فقام مقامه في اختيار الأحظ.

ولأنه يخير فلم يجز فيه إلا الأحظ كخيرة الإمام إذا أسر أسيرا.

وأما كونه إذا حكم بالمن يلزم قبول حكمه في وجه وهو للقاضي فلأنه نائب الإمام فلزم قبوله منه إذا رآه كالإمام.

وأما كونه لا يلزم في وجه وهو لأبي الخطاب فلأنه إذا لم يره الإمام تبين أنه لا حظ فيه.

فإن قيل: كلام المصنف رحمه الله مطلق وتعليل الوجه الثاني يقتضي كونه مقيدا بأن الإمام لم يره.

قيل: هكذا علله في **الكافي**.

وقيده صاحب الخلاصة فيها فقال: فإن حكم بالمن فأبى الإمام.

وهو حسن لما ذكر. [إلا أن فيه نظرا من حيث إن الوجه المذكور لأبي الخطاب ولم يقيده في هدايته] (١).

وأما كونهم يعصمون دمائهم إذا حكم بقتلهم أو سبيهم فأسلموا فلأن قتل المسلم حرام.

وفي اقتصار المصنف رحمه الله على عصمة الدماء دليل على عصمة المال. وقد صرح بذلك في **الكافي**، ونقله غيره.

وإنما لم يعصموا أموالهم؛ لأنها صارت للمسلمين قبل إسلامهم.

وأما كونهم لا يسترقون في وجه فلأنهم أسلموا قبل استرقاقهم أشبه ما لو أسلموا قبل القدرة عليهم.

---

(١) ساقط من هـ.." [٢]

---

(١) الممتع ٢/٢٨٥

(٢) الممتع ٢/٢٨٦

"وثانيها: أن يكون مقبلا على القتال فإن كان مدبرا فلا سلب له؛ لأنه لم يغرر بنفسه في قتله.

وثالثها: أن يغرر بنفسه في قتله كالمبارز. فإن قتله بسهم من صف المسلمين فلا سلب له؛ لأن الخبر إنما ورد في المبارزة ونحوها.

ورابعها: أن يكون القاتل ذا حق في المغنم حرا كان أو عبدا، رجلا أو صبيا. فإن لم يكن له حق كالمخذل والمرجف والكافر إذا حضر بغير إذن فلا سلب له؛ لأنه لا حق له في المغنم فغيره أولى. ولم يذكر المصنف رحمه الله هذا الشرط هنا، ونص عليه في **الكافي**.

وأما كونه لا يشترط في ذلك إذن الأمير على المذهب فلعموم ما تقدم من الأحاديث.

وأما كونه يشترط على رواية؛ فلما روى عوف بن مالك «أن مددا غزا معهم فقتل علجا فأعطاه خالد بعض سلبه وأمسك سائره. فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: لا تعطه يا خالد» (١) رواه أبو داود.

والأول أصح؛ لما تقدم.

ولأن لفظ رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله: «من قتل قتيلا فله سلبه» (٢) عام في غزوته وغيرها. ولذلك احتج به عوف بن مالك على خالد حين أخذ سلب المددي. فقال له عوف: «أما تعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل؟ قال: بلى».

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه عن عوف بن مالك. قال: «قتل رجل من حمير رجلا من العدو فأراد سلبه. فمنعه خالد بن الوليد. وكان واليا عليهم. فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم عوف بن مالك فأخبره. فقال لخالد: ما منعك أن تعطيه سلبه؟ قال: استكثرته يا رسول الله! قال: ادفعه إليه. فمر خالد بعوف فجر بردائه. ثم قال: هل أنجزت لك ما ذكرت لك من رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فسمعه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستغضب. فقال: لا تعطه يا خالد! لا تعطه يا خالد! هل أنتم تاركون لي أمرائي؟ إنما مثلكم ومثلهم كمثل رجل استرعي إبلا أو غنما فرعاها ثم تحين سقيها. فأوردها حوضا فشرعت فيه فشربت صفوه وتركت كدره. فصفوه لكم وكدره عليهم» (١٧٥٣) ٣: ١٣٧٣ كتاب الجهاد والسير، باب استحقاق القاتل سلب القتيل.

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٩) ٣: ٧١ كتاب الجهاد، باب في الإمام يمنع القاتل السلب إن رأى

والفرس والسلاح من السلب.

(٢) سبق تخريجه قريبا.." [1]

"قيل: نعم. وصرح المصنف به في **الكافي**.

قال: (وإن قطع يده ورجله، وقتله آخر فسلبه غنيمة. وقيل: هو للقاتل).

أما كون السلب في ما ذكر غنيمة على الأول فلأن القاطع والقاتل اشتركا فيه ولا تغرير مع الشركة، وهو شرط في استحقاق القاتل السلب، وإذا لم يستحقه القاتل تعين كونه غنيمة لما تقدم.

وأما كونه للقاتل على قول؛ فلدخوله في عموم قوله عليه السلام: «فمن قتل قتيلا فله سلبه» (١).

قال: (والسلب: ما كان عليه من ثياب وحلي وسلاح والدابة بآلتها. وعنه: أن الدابة ليست من السلب. ونفقته ورحله وخيمته غنيمة).

أما كون ما على المقتول من الثياب من السلب فلا شبهة له فيه لدخول ذلك في مفهوم السلب.

وأما كون ما عليه من حلي وسلاح من السلب فلما روي «أن عمرو بن معد يكرب حمل على أسوار وطعنه فدق صلبه فصرعه، فنزل إليه فقطع يديه وأخذ سوارين كانا عليه ويلمق من ديباج وسيفا ومنطقة فسلم ذلك له» (٢).

و«بارز البراء مرزبان الزأرة فقتله فبلغ سواره ومنطقته ثلاثين ألفا» (٣).

وأما كون الدابة وآلتها من السلب على المذهب؛ فلأنهما يستعان بها في الحرب أشبها السلب.

وأما كونهما ليست منه على رواية؛ فلأن السلب ما كان على البدن، والدابة وآلتها ليستا كذلك.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢٩٧.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٩١) ٢: ٢٥٧ كتاب الجهاد، باب النفل والسلب في الغزو والجهاد.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٤٦٨) ٥: ٢٣٣ كتاب الجهاد، باب السلب والمبارزة.

وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧١٦) ٢: ٢٦٥ كتاب الجهاد، باب ما يخمس في النفل.

---

[1] الممتع ٢/٢٩٨

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣١١ كتاب قسم الفيء والغنيمة، باب ما جاء في تخميس السلب.." [١]

"وقال المصنف رحمه الله في **الكافي**: حكمه حكم المقسوم على ما تقدم من الخلاف.

ويؤيد عدم الأخذ ما روى الشعبي قال: «أغار أهل ماه وأهل جلولاء على العرب فأصابوا سبايا. فكتب السائب بن الأقرع (١) إلى عمر في سبايا المسلمين ورقيقهم قد اشتراها التجار من أهل مكة. فكتب عمر: من أصاب رقيقه ومتاعه في أيدي التجار بعد ما اقتسم فلا سبيل إليه» (٢) رواه سعيد بن منصور.

وأما كونه أحق به بغير شيء ممن أخذه بغير عوض ف «لأن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ ناقته التي استولى عليها الكفار من التي جاءت منهزمة عليها بغير شيء» (٣). وسيأتي الحديث مفصلا إن شاء الله تعالى.

والمراد بالأخذ بغير عوض الهبة والسرقة ونحوهما.

قال: (ويملك الكفار أموال المسلمين بالقهر. ذكره القاضي، وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد أنهم لا يملكونها).

أما كون الكفار يملكون أموال المسلمين بالقهر على قول القاضي فلأن القهر سبب يملك به المسلم مال الكافر فملك الكافر مال المسلم كالبيع.

وأما كونهم لا يملكونها على ما قاله أبو الخطاب فلأن ملك المسلم معصوم بخلاف الكافر.

واحتج بعض أصحابنا على ذلك بما روي «أن قوما أغاروا على سرح النبي صلى الله عليه وسلم فأخذوا ناقته وجارية من الأنصار فأقامت عندهم أياما. ثم خرجت في بعض الليل. قالت: فما وضعت يدي على ناقة إلا رغت حتى وضعتها على ناقة ذلول فامتطيتها. ثم توجهت إلى المدينة ونذرت إن نجاني الله عليها أن أنحرها. فلما قدمت المدينة استعرفت

---

(١) في هـ: الأكوع.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٨٠٣) ٢: ٢٨٨ كتاب الجهاد، باب ما أحرزه المشركون من

---

(١) الممتع ٢/٣٠٠

المسلمين ثم يفيئه الله على المسلمين.

(٣) سيأتي ذكره وتخريجه في الحديث الآتي.." [١]

"الناقة فإذا هي ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذها. فقلت يا رسول الله! إني نذرت أن أنحرها. فقال: بئس ما جازيتها. لا نذر في معصية» (١).

وفي رواية: «لا نذر فيما لم يملك ابن آدم» (٢).

ولا دلالة فيه لأن غايته أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ ناقته. والمسلم له أخذ ذلك سواء قيل بملك الكفار أموال المسلمين أو لا.

قال: (وما أخذ من دار الحرب من ركاز أو مباح له قيمة فهو غنيمة).

أما كون المأخوذ مما ذكر غنيمة؛ فلأنه مال حصل الاستيلاء عليه قهرا بالقتل فكان غنيمة أشبه سائر أموالهم.

وأما قول المصنف رحمه الله: من ركاز فلا بد أن يلحظ فيه أن آخذه لم يقدر عليه إلا بجماعة من المسلمين؛ لأن ما قدر عليه بنفسه يكون له. صرح به في **المغني**.

قال: (وتملك الغنيمة بالاستيلاء عليها في دار الحرب، ويجوز قسمها فيها).

أما كون الغنيمة تملك بالاستيلاء عليها في دار الحرب؛ فلأنهما مال مباح فـملكت بالاستيلاء عليها كسائر المباحات.

وأما كون قسمها يجوز فيها فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم بني المصطلق على مياههم، وغنائم حنين بأوطاس وهو واد من حنين».

ولأنهم ملكوا الغنيمة بالاستيلاء فجاز قسمها كما لو أحازوها إلى دار الإسلام.

قال: (وهي لمن شهد الوقعة من أهل القتال، قاتل أو لم يقاتل من تجار العسكر وأجرائهم الذين يستعدون للقتال. فأما المريض العاجز عن القتال، والمخذل، والمرجف، والفرس الضعيف العجيف فلا حق له).

أما كون الغنيمة لمن شهد الوقعة من أهل القتال؛ فلأن عمر رضي الله عنه قال: «الغنيمة لمن شهد الوقعة» (٣) رواه سعيد بن منصور.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٤١) ٣: ١٢٦٢ كتاب النذر، باب لا وفاء لنذر في معصية الله ...

---

(١) الممتع ٢/٣٠٦

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣١٦) ٣: ٢٣٩ كتاب الأيمان والنذور، باب في النذر فيما لا يملك.
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣١٣، ٣: ٢٣٨ كتاب الأيمان والنذور، باب ما يؤمر به من الوفاء بالنذر.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٦٨ كتاب الإيمان، باب من نذر نذرا في معصية الله.
(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٩١) ٢: ٢٨٥ كتاب الجهاد، باب ما جاء فيمن يأتي بعد الفتح.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٥٠ كتاب السير، باب الغنيمة لمن شهد الوقعة.
وأخرجه الطبراني في الكبير (٨٢٠٣) ٨: ٣٨٥، وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد وقال: ورجاله رجال الصحيح. ٥: ٣٤٠.." (١)

"وروى مثل ذلك عن عثمان في غزوة أرمينية.

وأما كون من لم يقاتل من تجار العسكر وأجرائهم الذين يستعدون للقتال كمن قاتل في الغنيمة؛ فلأن من لم يقاتل شهد الوقعة فيدخل في قول عمر رضي الله عنه: «الغنيمة لمن شهد الوقعة».

ولأنه -إذا لم يقاتل- ردء للمقاتل.

ولأنه مستعد للقتال أشبه المقاتل.

وأما كون المريض العاجز عن القتال لا حق له في الغنيمة؛ فلأنه ليس من أهل الجهاد أشبه العبد.

وقول المصنف رحمه الله: العاجز عن القتال فيه تنبيه على أن المرض إذا لم يمنع من القتال كالصداع والحمى لا يسقط السهم. وصرح به في **المغني**؛ لأنه من أهل الجهاد فلم يسقط كالصحيح.

وأما كون المخذل والمرجف لا حق لهما في ذلك فلأن ضررهما أكثر من نفعهما.

وأما كون الفرس الضعيف العجيف لا حق له فلأنه لا نفع فيه.

ولأن الإمام يملك منعه من الدخول معه فلم يسهم له كالمخذل والمرجف.

قال: (وإذا لحق مدد، أو هرب أسير فأدركوا الحرب قبل تقضيه أسهم لهم، وإن جاؤا بعد إحراز الغنيمة فلا شيء).

أما كون من ذكر يسهم لهم إذا أدركوا الحرب قبل تقضيها؛ فلأنهم شهدوا الوقعة فدخلوا في قول عمر: «الغنيمة لمن شهد الوقعة» (١).

وأما كونهم لا شيء لهم إذا جاؤا بعد إحراز الغنيمة؛ فلما روى أبو هريرة «أن أبان بن سعد وأصحابه قدموا

---

(١) الممتع ٢/٣٠٧

على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد أن فتحها. فقال أبان: اقسم لنا

يا رسول الله! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اجلس يا أبان. ولم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم» (٢) رواه أبو داود.

---

(١) سبق تخريجه قريبا.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٢٣) ٣: ٧٣ كتاب الجهاد، باب فيمن جاء بعد الغنيمة لا سهم له.."
(١)

"قال: (ومن استؤجر للجهاد ممن لا يلزمه من العبيد والكفار فليس له إلا الأجرة. ومن مات بعد انقضاء الحرب فسهمه لوارثه. ويشارك الجيش سراياه فيما غنمت، ويشاركونه فيما غنم).

أما كون من استؤجر للجهاد ممن ذكر ليس له إلا الأجرة فلأن غزوه بعوض فكأنه واقع من غيره فلا يستحق شيئا.

وروى يعلى بن أمية قال: «أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا شيخ كبير ليس لي خادم فالتمست أجيرا يكفيني وأجري له سهمه فوجدت رجلا، فلما دنا الرحيل قال: ما أدري ما السهمان وما يبلغ سهمي فسم لي شيئا كان السهم أو لم يكن. فسميت له ثلاثة دنانير فلما حضرت غنيمته أردت أن أجري له سهمه فذكرت الدنانير فجئت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أمره. فقال: ما أجد له في غزوته هذه في الدنيا والآخرة إلا دنانيره التي سمى» (١) رواه أبو داود.

وقول المصنف رحمه: ممن لا يلزمه يحترز به عمن يلزمه كالأحرار المسلمين فإن في صحة استئجارهم خلافا.

قال القاضي في قول أحمد رحمه الله: إذا استأجر الأمير قوما يغزون هذا محمول على من لا تجب عليه لأن الغزو يتعين عليه بحضوره ومن تعين عليه أمر لم يجز أن يفعله عن غيره كالحج.

وقال المصنف في **المغني**: يحتمل أن يحمل كلام أحمد على ظاهره في صحة الاستئجار على الغزو ولمن تتعين عليه؛ لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «للغازي أجره وللجاعل أجره وأجر الغازي» (٢) رواه أبو داود.

---

(١) الممتع ٢/٣٠٨

وقال صلى الله عليه وسلم: «مثل الذين يغزون من أمتي ويأخذون الجعل يتقوون به على عدوهم مثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ أجرها» (٣) رواه سعيد بن منصور.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٢٧) ٣: ١٧ كتاب الجهاد، باب في الرجل يغزو بأجير ليخدم.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٤٩٧) ط إحياء التراث.
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٥٢٦) ٣: ١٦ كتاب الجهاد، باب الرخصة في أخذ الجعائل.
(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٦١) ٢: ١٤١ كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرجل يغزو بالجعل. وأخرجه أبو داود في المراسيل ص: ١٨٢ كتاب الجهاد، باب في فضل الجهاد. من حديث جبير بن نفير.." (١)

"وظاهر كلام المصنف رحمه الله: أنه إذا أعتق بعض الغانمين أحدا من المغنم أو كان فيهم [من يعتق عليه] (١) عتق قدر نصيبه سواء كان المعتق رجلا أو امرأة أو صبيا. وقد صرح في **المغني** بأن الغانم إذا أعتق رجلا من المغنم لم يعتق لأن الأسير لا يصير رقيقا إلا باسترقاق الإمام واختاره. فعلى هذا يحمل كلام المصنف رحمه الله على من يصير رقيقا بنفس السبي كالنساء والصبيان.

قال: (والغال من الغنيمة يحرق رحله كله إلا المصحف والسلاح والحيوان).

أما كون الغال من الغنيمة. وهو: الذي يكتم ما أخذه من الغنيمة ولا يطلع الإمام عليه ولا يضعه مع الغنيمة. يحرق رحله كله غير (٢) سلاحه ومصحفه وحيوانه فلما روى صالح بن محمد قال: دخلت مع سلمة أرض الروم فأتي برجل قد غل فسأل سالما عنه. فقال: سمعت أبي يحدث عن عمر بن الخطاب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا وجدتم الرجل قد غل فاحرقوا متاعه واضربوه. قال: فوجدنا في متاعه مصحفا. فسأل سالما عنه. فقال: بعه وتصدق بثمنه» (٣) رواه أبو داود والأثرم.

وأما كونه لا يحرق سلاحه فلأن الحاجة تدعو إليه.

وأما كونه لا يحرق مصحفه فلأنه مذكور في حديث صالح.

ولأن له حرمة.

وأما كونه لا يحرق حيوانه فلأن له حرمة في نفسه.

ولأنه لا يدخل في اسم المتاع.

---

(١) الممتع ٢/٣١٧

و«لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يعذب بالنار» (٤).

قال: (وما أخذ من الفدية، أو أهداه الكفار لأمير الجيش، أو بعض قواده: فهو غنيمة).

أما كون ما أخذ من الفدية غنيمة فلأنه عوض عما هو غنيمة فكان غنيمة لأن حكم العوض حكم المعوض.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: غير ما.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧١٣) ٣: ٦٩ كتاب الجهاد، باب في عقوبة الغال.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٥٢٦٨) ٤: ٣٦٧ كتاب الأدب، باب في قتل الذر.." [١]

"وأما كون ما أهداه الكفار لأمير الجيش أو بعض قواده غنيمة فلأنه يغلب على الظن إنما فعلوا ذلك خوفا من المسلمين؛ أشبه ما أخذ بالقتل.

وشرط المصنف رحمه الله في **الكافي** أن يكون الهدية في دار الحرب. فإن كانت في دار الإسلام فهي لمن أهديت له؛ لأنه مال تبرع له به من غير خوف أشبه هدية المسلم.." [٢]

"ولأنه مسلم مكلف فصح أمانه كالحر.

وأما كونه يصح من الأسير فلأن لفظ الحديث يشمله.

ولأنه مسلم عاقل أشبه البالغ.

وأما كونه لا يصح منه في رواية فلأن القلم رفع عنه.

ولأنه لا يلزمه بقوله حكم فلأن لا يلزم غيره بطريق الأولى.

وفي قول المصنف رحمه الله: يصح أمان المسلم المكلف إشعار بأنه لا يصح أمان كافر ولا مجنون ولا صبي. وصرح في **الكافي** بذلك.

أما كونه لا يصح أمان كافر فلأنه ليس منا فلا يدخل في الحديث المتقدم.

ولأنه متهم في الدين فلم يقبل أمانه لمكان التهمة.

وأما كونه لا يصح أمان مجنون فلأنه لا قول له.

وأما الصبي فإن كان طفلا فلا يصح أمانه لعدم اعتبار قوله، وإن كان مميزا ففيه روايتان تقدم ذكرهما.

---

(١) الممتع ٢/٣٢٠

(٢) الممتع ٢/٣٢١

ويشترط أن لا يكون معطي الأمان مكرها؛ لأن قول المكره لا يترتب عليه حكم شرعي. ولم يذكره المصنف رحمه الله للعلم به وعادة الأصحاب يشترطونه في الأسير (١). ولم يشترطه المصنف رحمه الله فيه لأن الحر المطلق لو أكره على الأمان لم يصح فلا حاجة إلى اختصاص الأسير به وإنما ذكره الأصحاب نظرا إلى المظنة بخلاف المطلق.

قال: (ويصح أمان الإمام لجميع المشركين، وأمان الأمير لمن جعل بإزائه، وأمان أحد الرعية للواحد والعشرة والقافلة).

أما كون أمان الإمام يصح لجميع المشركين فلأن له الولاية على جميع المسلمين.

وأما كون أمان الأمير يصح لمن جعل بإزائه فإن له الولاية على من بإزائه دون غيره فاختص به.

---

(١) في هـ: وأعاده الأصحاب بشرط كونه في الأسير.." (١)

"قال: (ويجوز عقد الأمان للرسول والمستأمن ويقيمون مدة الهدنة بغير جزية، وقال أبو الخطاب: لا يقيمون سنة واحدة إلا بجزية).

أما كون الأمان يجوز للرسول والمستأمن فلأن الحاجة قد تدعو إلى ذلك.

وأما كونهم يقيمون مدة الهدنة بغير جزية على الأول وهو ظاهر كلام أحمد وقول القاضي فلأنهم لما جاز أمانهم دون السنة بغير جزية جاز فيما زاد عليها بخلاف أهل الذمة.

وأما كونه لا يجوز على قول أبي الخطاب فلعموم قوله تعالى: ﴿حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون﴾ [التوبة: ٢٩].

قال: (ومن دخل دار الإسلام بغير أمان فادعى أنه رسول أو تاجر ومعه متاع يبيعه قبل منه. وإن كان جاسوسا خير الإمام فيه كالأسير. وإن كان ممن ضل عن الطريق أو حملته الريح في مركب إلينا فهو لمن أخذه. وعنه: يكون فيئا للمسلمين).

أما كون قول من دخل دار الإسلام فادعى أنه رسول أو تاجر ومعه متاع يقبل فلأن ما ادعاه ممكن فيكون شبهة في درء القتل فلأنه يتعذر عليه إقامة البينة على ذلك.

وأما قول المصنف رحمه الله: ومعه متاع فشرط في قبول قوله أنه تاجر لأنه إذا لم يكن معه ذلك لم يحتمل صدقه.

---

(١) الممتع ٢/٣٣٣

وقوله: قبل منه فيه إشعار بأنه لا يتعرض إليه. صرح بذلك هو وغيره من الأصحاب. أما الرسول «فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرسولي مسيلمة: لولا أن الرسول لا يقتل لقتلتكما» (١) رواه أبو داود.

وأما التاجر فلأنه إذا جاء بماله ولا سلاح معه دل على قصد الأمان.

ولم يشترط المصنف رحمه الله هنا أن تكون العادة جارية بذلك لما ذكر من قصده الأمان. واشترطه في **الكافي** وصرح به غيره من الأصحاب لأن العادة جارية مجرى الشرط. فإذا لم تكن عادة ولم يدخل بأمان وجب بقاؤه على ما كان عليه من عدم العصمة.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٧٦١) ٣: ٨٣ كتاب الجهاد، باب في الرسل.

وأخرجه أحمد في مسنده (٣٨٥١) ١: ٤٠٦ كلاهما عن ابن مسعود.." [1]

"واستقر ذلك من قول عمر ولم يخالف غيره من الصحابة فكان إجماعا.

وأما كون ذلك يؤخذ من نسائهم وصبيانهم ومجانينهم فلأن حكم المأخوذ منهم حكم الزكاة، والزكاة تؤخذ في جميع هذه الصور فكذا يؤخذ منهم فيما هو ملحق بها.

وأما كون مصرف المأخوذ منهم مصرف الجزية على قول غير الخرقي فلأنه مأخوذ من مشرك.

ولأنه جزية مسماة بالصدقة، ولذلك قال عمر: «هؤلاء حمقى رضوا بالمعنى وأبوا الاسم».

وأما كون مصرفه مصرف الزكاة على قول الخرقي فلأنه مسمى باسم الصدقة مسلوك به فيمن يؤخذ منه مسالك الصدقة فيكون مصرفه مصرفها.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: الأول أقيس لأن المعنى أخص من الاسم. ولأنه لو كان صدقة على الحقيقة لجاز دفعه إلى فقراء من أخذت منهم كصدقات المسلمين.

وأما كون ذلك لا يؤخذ من كتابي غيرهم على المذهب فلأن قوله تعالى: ﴿من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩]، وقوله عليه السلام لمعاذ: «خذ من كل حالم دينارا» (١) عام في كل كتاب خرج منها نصارى بني تغلب لفعل عمر وإجماع الصحابة عليه فيبقى فيما عداه على مقتضاه.

و«لأن النبي صلى الله عليه وسلم قبل الجزية من أهل نجران» (٢) وكانوا نصارى.

و«أخذها من أكيدر دومة» (٣) وهو عربي.

---

(١) الممتع ٢/٣٣٦

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٣٨) ٣: ١٦٧ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٢٣) ٣: ٢٠ كتاب الزكاة، باب ما جاء في زكاة البقر.

وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٥٢) ٥: ٢٦ كتاب الزكاة، باب زكاة البقر.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عباس قال: «صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والبقية في رجب يؤدونها إلى المسلمين وعارية ثلاثين درعا وثلاثين فرسا وثلاثين بعيرا وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم إن كان باليمن كيد أو غدرة على أن لا تهدم لهم بيعة ولا يخرج لهم قس ولا يفتنوا عن دينهم ما لم يحدثوا حدثا أو يأكلوا الربا». (٣٠٤١) ٣: ١٦٧ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية.

(٣) أخرج أبو داود في سننه عن أنس بن مالك وعن عثمان بن أبي سليمان «أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث خالد بن الوليد إلى أكيدر دومة فأخذ فأتوه به فحقن له دمه وصالحه على الجزية». (٣٠٣٧) ٣: ١٦٦ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في أخذ الجزية.." [١]

"وروى الأحنف بن قيس «أن عمر شرط على أهل الذمة ضيافة يوم وليلة» (١) رواه أحمد.

وروي عن عمر «أنه قضى على أهل الذمة ضيافة ثلاثة أيام وعلف دوابهم وما يصلحهم» (٢).

ولأن الاشتراط ضرب من المصلحة لأنهم ربما امتنعوا من مبايعة المسلمين إضرارا بهم فإذا اشترطت عليهم الضيافة أمن ذلك.

وأما كون أيام الضيافة وقدر الطعام والإدام والعلف وعدد من يضاف يبين فلأن الضيافة حق وجب فعله فوجب بيانه كالجزية.

وقال المصنف في الكافي ما معناه: أنه إن شرط عليهم الضيافة وأطلق جاز؛ لأن عمر لم يقدر ذلك. ولما شكي إليه اعتداء الأضياف قال: «أطعموهم مما تأكلون» (٣). فعلى هذا لا يجب عليهم ضيافة أكثر من يوم وليلة لأن ذلك الواجب على المسلم، ولا يكلفون إلا من طعامهم وإدامهم؛ لقول عمر.

وأما كون الضيافة المذكورة لا تجب من غير شرط على الأول ذكره القاضي فلأنها أداء مال فلا تجب عليهم بغير رضاهم كالجزية.

وأما كونها تجب على قول فلأنها تجب على المسلم فالكافر أولى.

قال: (وإذا تولى إمام فعرف قدر جزيتهم وما شرط عليهم أقرهم عليه، وإن لم يعرف رجع إلى قولهم فإن بان

---

(١) الممتع ٢/٣٤٦

له كذبهم رجع عليهم. وعند أبي الخطاب أنه يستأنف العقد معهم).

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى عن الأحنف بن قيس «أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يشترط على أهل الذمة ضيافة يوم وليلة وأن يصلحوا قناطر وإن قتل بينهم قتيل فعليهم ديته». ٩: ١٩٦ كتاب الجزية، باب الضيافة في الصلح.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال عن نافع عن أسلم «أن عمر ضرب الجزية على أهل الذهب: أربعة دنانير، وعلى أول الورق: أربعين درهما، ومع ذلك أرزاق المسلمين وضيافة ثلاثة أيام». (١٠٠) ص: ٤٢ كتاب سنن الفيء، باب فرض الجزية ومبلغها، وأرزاق المسلمين وضيافتهم.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٦٤٤٦) ٤: ٣٦.." [١]

"قال: (ويمنعون من الإقامة بالحجاز كالمدينة واليمامة وخيبر. فإن دخلوا لتجارة لم يقيموا في موضع واحد أكثر من أربعة أيام. فإن مرض لم يخرج حتى يبرأ، وإن مات دفن به. ولا يمنعون من تيماء وفيد ونحوهما. وهل لهم دخول المساجد بإذن مسلم؟ على روايتين).

أما كون أهل الذمة يمنعون من الإقامة بالحجاز فلما روى أبو عبيدة بن الجراح أن آخر ما تكلم به النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أخرجوا اليهود من الحجاز» (١) رواه أحمد وأبو داود.

وعن عمر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب، فلا أترك فيها إلا مسلما» (٢) رواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح.

والمراد الحجاز بدليل أن أحدا من الخلفاء لم يخرج أحدا من أهل اليمن ولا أهل تيماء.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالمدينة إلى آخره فتنبيه على أن المواضع المذكورة من الحجاز؛ لأن الحجاز سمي بذلك لأنه حجز بين تهامة ونجد وذلك موجود فيما ذكر.

وأما كونهم إذا دخلوا لتجارة لم يقيموا في موضع واحد أكثر من أربعة أيام فلأن الزائد على الأربعة حد يتم به المسافر.

وقال المصنف في **المغني والكافي** وصاحب النهاية فيها: لا يقيم أكثر من ثلاثة؛ لأن إذن عمر رضي الله عنه لمن دخل منهم تاجرا في إقامة ثلاثة أيام يدل على أنه لا يجوز أكثر من ذلك.

وأما كون من مرض لا يخرج حتى يبرأ فلأنه موضع ضرورة.

---

(١) الممتع ٢/٣٥٢

وأما كون من مات يدفن به فلأنه موضع حاجة.

وأما كونهم لا يمنعون من تيماء وفيد ونحوهما فلما تقدم من أن أحدا من الخلفاء لم يخرج أحدا من ذلك.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٦٩٤) ١: ١٩٥.

وأخرجه الدارمي في سننه (٢٤٩٤) ٢: ١٦١ كتاب السير، باب إخراج المشركين من جزيرة العرب. ولم أره في أبي داود.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١٦٠٧) ٤: ١٥٦ كتاب السير، باب ما جاء في إخراج اليهود والنصارى من جزيرة العرب.." [1]

"وأما كونهم لهم دخول المساجد بإذن مسلم على رواية وهي الصحيحة في المذهب ذكره المصنف في **الكافي** فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم قدم عليه وفد الطائف فأنزلهم بالمسجد قبل إسلامهم» (١).

وأما كونهم ليس لهم ذلك على رواية فلما روي «أن أبا موسى قدم على عمر ومعه نصراني، فأعجب عمر خطه، وقال: قل لكاتبك هذا يقرأ لنا كتابه. قال: إنه لا يدخل المسجد. قال: لم. أجنب هو؟ قال: هو نصراني. فانتهره عمر» (٢).

ولأن الجنب يمنع المسجد فالمشرك أولى.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه من طريق الحسن عن عثمان بن أبي العاص «أن وفد ثقيف لما قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنزلهم المسجد ليكون أرق لقلوبهم فاشترطوا عليه أن لا يحشروا ولا يعشروا ولا يجبوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لكم أن لا تحشروا ولا تعشروا ولا خير في دين ليس فيه ركوع». (٣٠٢٦) ٣: ١٦٣ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب ما جاء في خبر الطائف.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٩: ٢٠٤ كتاب الجزية، باب لا يدخلون مسجدا بغير إذن.." [2]

"وأما في الشرع فقيل: هو عبارة عن الإيجاب والقبول. وزاد القاضي: إذا تضمن عينين للتمليك.

قال المصنف في **المغني**: وهو قاصر -يعني حد القاضي- إذ يخرج منه المعاطاة ويدخل فيه عقود سوى البيع.

---

(١) الممتع ٢/٣٦٠

(٢) الممتع ٢/٣٦١

وأما قوله: وله صورتان فمعناه أنه ينعقد بكل واحدة من الصورتين المذكورتين.

وأما كونه ينعقد بالإيجاب والقبول؛ فلأنه صريح فيه فانعقد به كسائر الصرائح.

والإيجاب هو: الصادر من قبل البائع، والقبول: هو الصادر من قبل المشتري.

وأما قوله: فيقول البائع ... إلى آخره فتفسير للإيجاب والقبول.

وينعقد البيع بما صرح به المصنف وبكل قول يدل عليه لدلالته على المقصود.

قال: (فإن تقدم القبول الإيجاب جاز في إحدى الروايتين، وإن تراخى القبول عن الإيجاب صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه، وإلا فلا).

أما كون تقدم القبول الإيجاب يجوز في رواية؛ فلأن المعنى حاصل بذلك فوجب أن يجوز كما لو تأخر.

وأما كونه لا يجوز في رواية؛ فلأن القبول رتبته التأخر فلم يجز تقدمه كما لو تقدم في النكاح.." [1]

"وذكر المصنف في **المغني** أنه إن تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول: أتبيعني ثوبك بكذا؟ فيقول: بعتك لم يصح لأنه ليس بقبول ولا استدعاء، وإن تقدم بلفظ الماضي مثل أن يقول: ابتعت منك فيقول: بعتك صح لأنه متضمن معنى القبول حقيقة.

وقال أبو الخطاب: فيه رواية أنه لا يصح قياسا على تقدمه بلفظ الطلب.

وإن تقدم بلفظ الطلب مثل أن يقول: بعني ثوبك فيقول: بعتك فذكر القاضي فيه روايتين:

إحداهما: يصح؛ لأن ذلك يتضمن معنى القبول فصح كما لو كان بلفظ الماضي.

والثانية: لا يصح؛ لأنه لفظ لو تأخر عن الإيجاب لم يصح به البيع فلم يصح إذا تقدم كلفظ الاستفهام.

ولأنه عقد عري عن القبول فلم يصح كما لو لم يطلب.

وأما كون القبول إذا تراخى عن الإيجاب يصح ما دام المتبايعان في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطع البيع؛ فلأن المجلس منزل منزلة العقد في كثير من الأحكام فليكن هاهنا كذلك.

وأما كونه لا يصح إذا تراخى عن الإيجاب حتى انقضى المجلس؛ فلأنه لما بعد صار كلا قبول.

وأما كونه لا يصح إذا تشاغلا بما يقطعه؛ فلأنهما إذا تشاغلا بذلك صارا كالمعرضين عن البيع فلم يصح بعد ذلك كما لو صرح بالرد.

قال: (والثانية: المعاطاة مثل (١) أن يقول: أعطني بهذا الدينار خبزا فيعطيه ما يرضيه، أو يقول البائع: خذ هذا بدرهم فيأخذه. وقال القاضي: لا يصح هذا إلا في الشيء اليسير).

---

(١) الممتع ٢/٣٧٣

أما كون الصورة الثانية من صور البيع: المعاطاة. وهي منصوص الإمام أحمد واختيار المصنف؛ فلأن البيع موجود قبل الشرع وإنما الشرع علق عليه أحكاما ولم يعين له لفظا فيجب أن يرجع فيه إلى العرف كالقبض والحرز.

---

(١) في هـ: وهو.." (١)

"فإن قيل: ما المراد بقول المصنف: يصلح للصيد؟

قيل: يحتمل أنه أراد كونها معلمة حالة البيع. فعلى هذا لا يصح بيعها قبل التعليم، ويحتمل أنه أراد به كونها قابلة للتعليم. وهو أولى المحملين، وإن كان خلاف ظاهر اللفظ لأنه قال في **المغني**: ما ليس بمعلم ولا يقبل التعليم لا يجوز بيعه لعدم النفع، وإن كان أمكن تعليمه فالأولى جواز بيعه ليعلم، وقاسه على اقتناء الجرو الصغير وبيع الجحش الصغير.

فإن قيل قول المصنف رحمه الله: إلا الكلب ما هو؟

قيل: استثناء من جواز البيع المختلف فيه لأن بيعه لا يجوز رواية واحدة لما يذكر بعد إن شاء الله تعالى.

وأما كون بيع الفيل وسباع البهائم لا يجوز في رواية؛ فلأنها نجسة أشبهت الكلب.

والأول أصح لما ذكر. وفارق الكلب من حيث إنها يجوز اقتناؤها مطلقا بخلاف الكلب فإنه لا يجوز إلا لأحد أسباب ثلاثة.

ولأن جواز اقتناء الكلب للحاجة بخلاف ما ذكر.

قال: (ويجوز بيع العبد المرتد والمريض، وفي بيع الجاني والقاتل في المحاربة ولبن الآدميات وجهان).

أما كون بيع العبد المرتد يجوز فلحصول النفع به إلى وقت قتله وربما رجع إلى الإسلام فيحصل فيه كمال النفع.

وأما كون بيع العبد المريض يجوز؛ فلأن خشية الهلاك لا تمنع صحة البيع دليله بيع العبد المرتد.

وأما كون بيع العبد الجاني يجوز في وجه؛ فلأن قتله غير متحتم فجاز بيعه كالمرتد.

وأما كونه لا يجوز في وجه؛ فلأنه تعلق برقبته حق آدمي فمنع جواز بيعه كالرهن بل حق الجناية آكد لأنها

---

(١) الممتع ٢/٣٧٤

تقدم على الرهن.

والأول أولى؛ لما ذكر.." [1]

"وأما كونه يجوز على رواية؛ فلأنه روي أنها فتحت صلحا؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من دخل دار أبي سفيان فهو آمن، ومن ألقى السلاح فهو آمن، ومن دخل المسجد فهو آمن» (١). وإذا فتحت صلحا كانت لأهلها فجاز بيعها كسائر الأملاك.

ويؤيد ذلك ما روي «أن عمر رضي الله عنه اشترى من صفوان بن أمية دارا بأربعة آلاف درهم» (٢)، و «اشترى معاوية من حكيم بن حزام دارين بمكة: إحداهما بستين ألفا، والأخرى بأربعين ألفا» (٣).

وظاهر كلام المصنف في **المغني** وصاحب النهاية فيها ترجيح الرواية الأولى لما تقدم.

وأجابا عن فعل عمر بأنه كان على سبيل الاستنقاذ لأنه اشترى ذلك لمصلحة المسلمين لأنه عمله سجنا، ويؤيده فعله ذلك في أرض السواد.

وأما كون إجارتها لا تجوز على المذهب فلما تقدم من قوله: «حرام إجارتها» (٤).

وروي «أن سفيان سكن بعض رباع مكة وهرب ولم يعطهم أجرة».

وأما كونها تجوز على رواية فـلما تقدم من أنها فتحت صلحا.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٨٠) ٣: ١٤٠٧ كتاب الجهاد والسير، باب فتح مكة.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٠٢٤) ٣: ١٦٣ كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب ماجاء في خبر مكة.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة ...

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٣٥ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع دور مكة ... بلفظ: قال: «باع حكيم بن حزام دار الندوة من معاوية بن أبي سفيان بمائة ألف ... ».

(٤) تقدم تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [2]

"قال: (وإن جمع بين بيع وإجارة أو بيع وصرف صح فيهما ويقسط العوض عليهما في أحد الوجهين).

أما كون ما جمع فيه بين بيع وإجارة يصح في وجه؛ فلأنهما شيئان يجوز أخذ العوض عن كل واحد منهما منفردا فجاز مجتمعا كالثوبين والعبدين.

---

(١) الممتع ٢/٣٨١

(٢) الممتع ٢/٣٩٠

وأما كونه لا يصح في وجه؛ فلأن حكمهما مختلف لأن المبيع المعقود عليه يضمن بمجرد البيع والإجارة بخلافه.

وأما كون ما جمع فيه بين بيع وصرف يصح في وجه فلما ذكر في أول وجهي المسألة قبل.

وأما كونه لا يصح في وجه؛ فلأن حكمهما مختلف لأن البيع يجوز فيه التفرق قبل القبض والصرف بخلافه.

وذكر المصنف رحمه الله الوجهين المذكورين في المسألتين في **المغني** الأول روايتين، وعزاهما إلى نقل أبي الخطاب.

وأما كونه يقسط على المبيع والمستأجر في المسألة الأولى وعلى المبيع والمصروف في المسألة الثانية على قدر قيمتهما فكما لو جمع بين عبده وعبد غيره.

قال: (وإن جمع بين كتابة وبيع فـكاتب عبده وباعه شيئا صفقة واحدة بطل البيع. وفي الكتابة وجهان).

أما كون البيع فيما ذكر يبطل؛ فلأن المكاتب قبل تمام عقد الكتابة عبد قن لا يصح أن يبيعه سيده شيئا لكونه يبيع ماله لعبده.

وأما كون الكتابة تبطل في وجه؛ فلأنه عقد بطل في بعضه فبطل في كله لما تقدم.

وأما كونها لا تبطل في وجه؛ فلأن المقتضي للبطلان وجد في البيع فاختص به.." [١]

"وتكسيره وخياطة الثوب وتفصيله فيصح. وذكر الخرقي في جز الرطبة إن شرطه على البائع لم يصح فيخرج هاهنا مثله. وإن جمع بين شرطين لم يصح (١».

أما كون اشتراط البائع نفعا معلوما في المبيع كما مثل المصنف رحمه الله وشبهه يصح؛ فـ «لأن جابرا باع بعيرا لرسول الله صلى الله عليه وسلم واستثنى حملانه إلى المدينة» (٢) رواه البخاري.

ولأن اشتراط ذلك أكثر ما فيه أنه يتأخر التسليم مدة معلومة فصح اشتراطه كما لو باع أمة مزوجة أو دارا مؤجرة أو شجرة مؤبرة.

وأما كون اشتراط المشتري نفع البائع في المبيع كما مثله المصنف رحمه الله وشبهه يصح؛ فلأن كل واحد من العقد والشرط يصح منفردا فإذا جمعا صح كالعينين.

و«لأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جرزة حطب وشارطه على حملها».

وأما كون عدم الصحة هنا يخرج على قول الخرقي لا يصح اشتراط جز الرطبة على البائع؛ فلأن الشرط هنا مثله.

---

(١) الممتع ٢/٤٠٨

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: قول الخرقي في جز الرطبة يحتمل أن البطلان يختص به (٣) لإفضائه إلى التنازع لأن البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية، والمشتري يريد (٤) الاستقصاء عليها ليزيد له ما يأخذه. ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراطه منفعة البائع.

والأول أولى؛ لوجهين:

أحدهما: أنه قال في موضع آخر في البيع: لا يبطله شرط واحد.

والثاني: أن المذهب في غير هذا الموضع أنه يصح اشتراط ذلك.

وأما إذا جمع بين شرطين فظاهر كلام المصنف رحمه الله: أن الجمع بينهما لا يصح سواء كانا صحيحين أو فاسدين.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٦٩) ٢: ٩٦٨ كتاب الشروط، باب إذا اشترط البائع ظهر الدابة إلى مكان مسمى جاز.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٧١٥) ٣: ١٢٢١ كتاب المساقاة، باب بيع البعير واستشاء ركوبه.

(٣) في هـ: له.

(٤) ساقط من هـ.." (١)

"وعن الإمام أحمد في ذلك (١) روايتان:

أحدهما: أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد.

والثانية: أنهما أن لا يبيع الجارية من أحد وأن لا يطأها وهذان فاسدان.

وقال القاضي في المجرد: ظاهر كلامه أنه متى شرط في العقد شرطين بطلا سواء كانا صحيحين أو فاسدين أخذا بظاهر قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا شرطان في بيع» (٢).

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: الذي قاله القاضي صحيح إلا أنه استثنى الشرطين إذا كانا من مقتضى العقد كشرط تسليم المبيع ونقد الثمن. وتصحيح المصنف رحمه الله قول القاضي يدل على إرادة ذلك فيكون هنا قد أراد بكلامه ظاهره. وقد تضمن كلام القاضي الدليل على أنه لا يصح اشتراط شرطين مطلقا فلا حاجة إلى إعادته.

---

(١) الممتع ٢/٤١٨

(١) مثل السابق.

(٢) سيأتي تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"وأما كونه يحتمل أن يبطل الشرط وحده؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم صحح بيع بريرة، وأبطل الشرط الفاسد المشروط في بيعها (١).

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: المنصوص عن أحمد أن البيع صحيح وهو ظاهر كلام الخرقي.

فعلى هذا للبائع الرجوع بما نقص من الثمن لأجل الشرط لأنه إنما سمح ببيعه بالثمن المسمى لأجل الشرط فإذا لم يحصل وجب الرجوع بما سمح به.

قال: (الثاني: شرط ما نافى مقتضى البيع نحو أن يشترط أن لا خسارة عليه، أو متى نفق المبيع وإلا رده، أو أن لا يبيع ولا يهب ولا يعتق، أو إن أعتق فالولاء له، أو يشترط أن يفعل ذلك: فهذا باطل في نفسه. وهل يبطل البيع؟ على روايتين. إلا إذا شرط العتق ففي صحته روايتان:

إحداهما: يصح ويجبر عليه إن أباه. وعنه: فيمن باع جارية وشرط على المشتري إن باعها فهو أحق بها بالثمن أن البيع جائز، ومعناه والله أعلم أنه جائز مع فساد الشرط.

وإن شرط رهنا فاسدا أو نحوه فهل يبطل؟ على وجهين).

أما كون كل واحد مما ذكر من (٢) الشروط غير شرط العتق باطلا في نفسه؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد.

و«لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة لما أرادت شراء بريرة فاشترط أهلها ولاءها: اشتريها فأعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق. ثم قال: من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط» (٣) متفق عليه.

وأما كونه لا يبطل البيع على رواية فلحديث بريرة.

(١) سيأتي ذكر حديث بريرة وتخريجه في الحديث التالي.

(٢) في هـ: مثل.

(١) الممتع ٢/٩٤١

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٩) ٢: ٩٧٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.." (١)

"فصل

قال المصنف رحمه الله: (وإن باعه دارا على أنها عشرة أذرع فبانت أحد عشر فالبيع باطل. وعنه: أنه صحيح والزائد للبائع ولكل واحد منهما الفسخ فإن اتفقا على إمضائه جاز وإن بانت تسعة فهو باطل. وعنه: أنه صحيح والنقص على البائع وللمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ المبيع بقسطه من الثمن فإن اتفقا على تعويضه عنه جاز).

أما كون البيع باطلا إذا بان المبيع أزيد أو أنقص على الرواية الأولى؛ فلأنه لا يمكن إجبار أحد المتبايعين على تسليم الزائد ولا على أخذ البعض لما فيه من ضرر الشركة أو النقصان عن حقه.

وأما كونه صحيحا على الرواية الثانية؛ فلأن ذلك نقص على المشتري من جهة الحقيقة أو من جهة المعنى فلا يمنع صحة البيع كالعيب. فعلى القول بالبطلان لا إشكال، وعلى القول بالصحة يكون الزائد فيما إذا بان زائدا للبائع لأنه لم يبعه ولكل واحد منهما الخيار لأن على كل واحد منهما ضررا بالشركة.

وقال المصنف في **المغني**: يخير البائع بين دفع المبيع زائدا وبين دفع قدر المبيع فإن اختار تسليمه زائدا فلا خيار للمشتري لأنه زاده خيرا فيما إذا بان زائدا ويكون النقصان فيما إذا بان ناقصا على البائع لأنه التزمه بالبيع ولا خيار للبائع لأنه لا ضرر عليه في ذلك وللمشتري الخيار بين الفسخ لنقصه وبين أخذ المبيع بقسطه من الثمن لأن الثمن يقسط على كل جزء من أجزاء المبيع فإذا فات جزء استحق ما قابله من الثمن.

وأما كونه يجوز إمضاء العقد في الزائد مع الاتفاق والتعويض في النقص معه؛ فلأن الحق لهما لا يعدوهما فإذا اتفقا عليه جاز كحالة الابتداء.." (٢)

"وأما كون الخيار يسقط إذا تبايعا بشرط أن لاخيار، أو أسقطاه بعد البيع في رواية اختارها الشريف بن أبي موسى؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «فإن خير أحدهما صاحبه فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع» (١).

وقال عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر» (٢) رواه البخاري.

وأما كونه لا يسقط فيهما في رواية؛ فلأن أكثر الروايات عن النبي صلى الله عليه وسلم: «البيعان بالخيار

---

(١) الممتع ٢/٤٢١

(٢) الممتع ٢/٤٢٥

ما لم يتفرقا» (٣). والزيادة على ذلك مذكورة في حديث ابن عمر، وقول الأكثر ذوي الضبط مقدم على رواية المنفرد.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: والأول أولى لما تقدم.

ولأنه عليه السلام قال: «إلا أن يكون البيع كان عن خيار فإن كان البيع عن خيار فقد وجب البيع» (٤) متفق عليه.

ولأن الأخذ بما تضمنته الزيادة أولى.

ولأن الأصل أن لا يثبت خيار. خولف مع عدم الشرط والإسقاط للحديث الخالي عن المعارض فيبقى فيما وقع فيه التعارض على الأصل.

وأما كون خيار صاحب من أسقط خياره يبقى؛ فلأنه خيار في المبيع فلم يبطل حق من لم يسقطه كخيار الشرط.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة.، من حديث ابن عمر.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٠٣) ٢: ٧٤٣ كتاب البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع.

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٤) هذا اللفظ أخرجه النسائي في سننه (٤٤٦٧) ٧: ٢٤٨ كتاب البيوع، وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما. وأصله عند الشيخين، وقد سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"الصيام إلى الليل﴾ [البقرة: ١٨٧] لا يدخل الليل في الصيام، وقول الرجل لزوجته: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث لا تدخل الثالثة، وقول المقر: له عندي من درهم إلى عشرة لا يدخل الدرهم العاشر.

وأما كونه يدخل في ذلك على رواية؛ فلأن إلى قد تكون بمعنى مع كقوله تعالى: ﴿وأيديكم إلى المرافق﴾ [المائدة: ٦] و ﴿من أنصاري إلى الله﴾ [آل عمران: ٥٢].

ولأن الخيار ثابت بيقين فلا نزيله بالشك.

والأول أصح؛ لأن إلى لانتهاء الغاية وإنما تحمل على معنى مع لدليل أو لتعذر حملها على موضوعها الأصلي.

---

(١) الممتع ٢/٤٢٩

ولأن الأصل لزوم العقد وإنما خولف فيما اقتضاه الشرط فيثبت فيما يتيقن منه، وما شك فيه يرجع فيه إلى الأصل.

قال: (وإن شرطاه مدة فابتداؤها من حين العقد، ويحتمل أن يكون من حين التفرق).

أما كون ابتداء المدة المشروطة من حين العقد على المذهب؛ فلأن الخيار مدة ملحقة من حين العقد فكان ابتداؤها من حين العقد كالأجل.

وأما كونه يحتمل أن يكون من حين التفرق؛ فلأن الخيار ثابت في المجلس حكما فلا معنى لإثباته بالشرط.

ولأن حالة المجلس كحالة العقد لأن لهما فيه الزيادة والنقصان.

والأول أصح. قاله المصنف في **المغني** لما ذكر.

ولأن الاشتراط سبب ثبوت الخيار فوجب أن يتعقبه حكمه كالملك في المبيع.

ولأن المدة لو جعلت من التفرق لأدى إلى جهالتها لأنه لا يعلم متى ابتداؤها فلا يعلم انتهاؤها. وثبوت الحكم لسببين لا يمتنع كالوطء يحرم بالصيام والإحرام.

قال: (وإن شرط الخيار لغيره جاز وكان توكيلا له فيه، وإن شرطا الخيار لأحدهما دون صاحبه جاز).

أما كون شرط الخيار للغير يجوز ويكون توكيلا له؛ فلأن تصحيح الاشتراط على الوجه المذكور ممكن فوجب حمله عليه صيانة لكلام المكلف عن اللغو. وصار هذا." (١)

"بمنزلة ما لو قال لغيره: اعتق عبدك عني فإنه يقدر الملك قبل العتق تصحيحا لكلامه. فكذلك هاهنا.

وأما كون شرط الخيار لأحد المتبايعين دون صاحبه يجوز؛ فلأنه إذا جاز اشتراطه لهما؛ فلأن يجوز اشتراطه لأحدهما بطريق الأولى.

قال: (ولمن له الخيار الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه، وإن مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما).

أما كون من له الخيار له الفسخ من غير حضور صاحبه ولا رضاه؛ فلأنه عقد جعل إلى اختياره (١) فجاز مع غيبة صاحبه وسخطه كالطلاق.

وأما كون خيارهما يبطل إذا مضت المدة ولم يفسخا؛ فلأنها مدة ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل.

ولأن حكم بقاء الخيار يفضي إلى بقائه أكثر من المدة التي اشترطاها، وهو إنما ثبت بالشرط فلا يجوز أن يثبت في غير مدته.

---

(١) الممتع ٢/٤٣٢

ولأن البيع سبب للزوم وإنما تخلف موجبه بالخيار فإذا انقضت مدته لزم العقد بموجبه لزوال المعارض.

وفي قول المصنف رحمه الله: ولم يفسخ[1] نظر لأنه إذا فسخ أحدهما يصدق أنهما ما فسخا، وفي هذه الصورة لا يبطل الخيار. وقد احترز عن هذا في **المغني** فقال: ولم يفسخ أحدهما بطل الخيار، وليس مراد المصنف إلا هذا وإنما لم يحترز عن هذا اعتمادا على ظهور المعنى.

قال: (وينتقل الملك إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين، فما حصل من كسب أو نماء منفصل فهو له أمضيا العقد أو فسخاه).

أما كون الملك ينتقل إلى المشتري بنفس العقد في أظهر الروايتين فلقوله صلى الله عليه وسلم: «من باع عبدا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع» (٢) رواه البخاري.

---

(١) في هـ: اختيار.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠) ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط ...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣) ٣: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلا عليها ثمر. كلاهما من حديث ابن عمر.." (١)

"وأما كون خيار المشتري يبطل فلتصرفه بالعتق الموجب للزوم.

وأما كون خيار البائع يبطل على المذهب فلتعذر الرجوع.

وأما كونه لا يبطل على رواية؛ فلأنه لم يوجد ما يدل على بطلانه، وتعذر الرجوع في العين لا يمنع الفسخ لأنه قد يكون في الفسخ مصلحة مثل: أن يكون قد باعه بأقل من ثمن مثله فإذا فسخ ملك الرجوع في قيمته.

وأما كونه له الفسخ على هذه الرواية؛ فلأن خياره لم يبطل.

وأما كونه إذا فسخ له الرجوع بقيمة المبيع لأنها بدل ما لا مثل له.

وأما كون تلف المبيع كعتق العبد في بطلان الخيار؛ فلأنه يساويه معنى فكذا يجب أن يساويه حكما.

قال: (وحكم الوقف حكم البيع في أحد الوجهين، وفي الآخر: حكمه حكم العتق).

أما كون حكم وقف المشتري المبيع في وجه حكم بيعه. ومعناه أنه لا ينفذ؛ فلأنه يتضمن بطلان حق غيره

---

(١) الممتع ٢/٤٣٣

أشبه وقف المرهون.

وأما كون حكمه في وجه حكم عتقه. ومعناه أنه ينفذ؛ فلأنه تصرف يبطل الشفعة فنفذ كالعتق.

والأول أصح قاله المصنف في **المغني** لما ذكر. وفارق العتق لتأكده بدليل أنه يسري إلى ملك الغير، ويبنى على التغليب، ويصح في الرهن بخلاف الوقف.

قال: (وإن وطئ المشتري الجارية فأحبلها صارت أم ولده وولده حر ثابت النسب، وإن وطئها البائع فكذلك إن قلنا البيع ينفسخ بوطئه، وإن قلنا لا ينفسخ فعليه المهر وولده رقيق إلا إذا قلنا الملك له، ولا حد فيه على كل حال.

وقال أصحابنا: عليه الحد إذا علم زوال ملكه وأن البيع لا ينفسخ بالوطء. وهو المنصوص).

أما كون الجارية تصير أم ولد المشتري بإحباله؛ فلأنه إحبال صادف محله فوجب أن تصير الموطوءة أم ولد كما لو أحبلها بعد انقضاء الخيار.

وأما كون ولده حر ثابت النسب؛ فلأنه من وطء في مملوكة له.." (١)

"وأما كون البائع إذا وطئ الجارية وقيل البيع ينفسخ بوطئه كالمشتري في صيرورة الجارية أم ولد وكون الولد حر ثابت النسب؛ فلأن البيع إذا انفسخ بالوطء صادف إحبال البائع ملكه والإحبال في الملك يوجب ذلك.

وأما كون المهر عليه وكون ولده رقيقا إذا قيل وطء البائع لا يوجب الفسخ وقيل الملك للمشتري زمن الخيار؛ فلأنه وطء في ملك الغير.

وأما كونه لا مهر عليه وكون ولده حرا إذا قيل الملك باق للبائع؛ فلأنه وطء في ملك.

وأما الحد فالمنصوص عن أحمد أنه إن كان عالما بالتحريم فعليه الحد. وهذا يستدعي كون الملك لغيره، وأن (١) البيع لا ينفسخ بالتصرف.

والحجة في وجوبه (٢) أنه وطء لم يصادف ملكا ولا شبهة ملك.

وقال ابن عقيل: لا حد عليه بحال. وهو اختيار المصنف.

وقال في **المغني**: وهو الصحيح لأنه وطئه إما أن يصادف ملكا أو شبهه لأن العلماء اختلفوا في ثبوت ملكه وإباحة وطئه وذلك شبهة.

قال: (ومن مات منهما بطل خياره ولم يورث. ويتخرج: أن يورث كالأجل).

---

(١) الممتع ٢/٤٣٧

أما كون من مات من البائع والمشتري يبطل خياره ولم يورث على المذهب؛ فلأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه فبطل ولم يورث كخيار الرجوع في الهبة.

وأما كونه يتخرج أن يورث فلقوله عليه السلام: «من ترك حقا فلورثته» (٣)، وقياسا على الأجل في الثمن، وعلى خيار الوصية.

---

(١) في هـ: ولأن.

(٢) في هـ: والحجة لوجوبه.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من ترك مالا فلورثته». (٢٢٦٨) ٢: ٨٤٥ كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك دينا.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته. مثله.." [(١)]

"وثانيهما: أنه باطل؛ لما روى ابن عمر «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش» (١).

وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تناجشوا» (٢) متفق عليهما.

ولأن في ذلك تغريرا بالمشتري وخديعة له فدخل في المنهي عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الخديعة في النار» (٣). وإذا كان منهيا عنه كان البيع باطلا؛ لأن النهي يقتضي الفساد والبطلان.

والأول أصح؛ لأن النهي عائد إلى الناجش لا إلى العاقد فلم يؤثر في صحة البيع.

فإن قيل: لم يقيد المصنف رحمه الله الغبن في هذه المسألة بما يخرج عن العادة؟

قيل: قيده في **المغني**. وإنما تركه هنا؛ لأنه نبه على ذكره في المسألة قبلها.

قال: (الثالثة: المسترسل إذا غبن الغبن المذكور.

وعنه: أن النجش وتلقي الركبان باطلان).

أما كون المسترسل يثبت له الخيار إذا غبن بما تقدم ذكره في الصورتين المتقدم ذكرهما؛ فلأنه غبن حصل بجهله بالمبيع فأثبت الخيار كالغبن في تلقي الركبان.

فإن قيل: ما المراد بالمسترسل المذكور؟

قيل (٤): الذي لا معرفة له بقيم السلع والأسعار، ولا يحصل له المعرفة بذلك بالتثبت. فلو كان عالما بالغبن أو جاهلا لكن لو توقف لعرف فغبن فلا خيار له:

---

(١) الممتع ٢/٤٣٨

أما العالم؛ فلأنه رضي بالغبن.

وأما المستعجل؛ فلأن الغبن حصل بتفريطه وتركه التثبت فكان كالراضي بالغبن.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٥) ٢: ٧٥٣ كتاب البيوع، باب النجش، ومن قال: لا يجوز ذلك البيع.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥١٦) ٣: ١١٥٦ كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٧١٩) ٥: ٢٢٥٣ كتاب الأدب، باب ﴿يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ... ﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٣) ٢: ١٠٣٣ كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه ...

(٣) ذكره البخاري تعليقا في صحيحه ٢: ٧٥٣ كتاب البيوع، باب النجش، ومن قال: لا يجوز ذلك البيع.

(٤) ساقط من هـ.." [١]

"موجود مع التغير وعدمه لأنه علل احتمال الإجزاء بأن النقص حصل باستعمال (١) المبيع. وعلل احتمال عدم الإجزاء بأن اللبن نقص في يده بالحموضة فهو كما لو أتلفه. وصرح المصنف في **الكافي** بالخلاف مع التغير ونسب لزوم القبول إلى القاضي.

قال: (ومتى علم التصرية فله الرد. وقال القاضي: ليس له ردها إلا بعد ثلاث).

أما كون المشتري له الرد بمجرد العلم على المذهب؛ فلأنه علم سبب الرد فكان له حينئذ أشبه ما لو علم بالعيب.

وأما كونه ليس له ذلك قبل مضي ثلاث على قول القاضي؛ فلأن أبا هريرة روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة (٢) أيام» (٣) رواه مسلم.

وجه الحجة: أن الشرع قدر الثلاث لمعرفة التصرية لأن التصرية لا تعرف إلا بعد مضيها لأنه يجوز أن يختلف لبنها لتغير المكان واختلاف العلف (٤) فإذا مضت الثلاثة استبان ذلك فوجب أن يثبت له الخيار حينئذ ولا يثبت قبله.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: ظاهر قول ابن أبي موسى أنه إذا علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها وهو ظاهر الحديث.

---

(١) الممتع ٢/٤٤١

قال: (وإن صار لبنها عادة لم يكن له الرد في قياس قوله: إذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج لم يملك الرد).

أما كون المشتري ليس له الرد إذا صار لبن المصراة عادة؛ فلأن الخيار جعل لدفع الضرر بالعيب وقد زال الضرر فامتنع ثبوت الرد؛ لأن الحكم يزول بزوال علته.

وأما قول المصنف رحمه الله: في قياس قوله إذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج؛ فتنبيه على أمرين:

أحدهما: أن الحكم في المصراة مأخوذ من المسألة المذكورة لأنها منصوص عليها والمصراة في معناها.

---

(١) في و: باستعلام.

(٢) في هـ: ثلاث.

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٤) في هـ: العلم.." (١)

"قيل: مثاله أن يكون قيمته صحيحا عشرة ومعيبا خمسة فالمعيب نقص خمسة ونسبتها إلى قيمته صحيحا النصف فيرجع (١) بنصف الثمن وهو المعني بقول المصنف رحمه الله: وهو قسط ما بين قيمة الصحيح والمعيب من الثمن.

قال: (وما كسب فهو للمشتري وكذلك نماؤه المنفصل. وعنه: لا يرده إلا مع نمائه).

أما كون كسب المبيع المعيب المردود لعيبه للمشتري؛ فلأن عائشة روت «أن رجلا اشترى عبدا فاستغله ما شاء ثم وجد به عيبا فرده. فقال: يا رسول الله! إنه استغل غلامي. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الخراج بالضمان» (٢) رواه أبو داود وابن ماجة.

وأما كون المنفصل كالولد والثمرة المجذوذة واللبن المحلوب كذلك على المذهب؛ فلأنه نماء حدث في ملك المشتري فلم يمنع الرد كالكسب، وكما لو كان في يد البائع.

وأما كونه لا يرد الأصل إلا معه على رواية؛ فلأن النماء موجب العقد فلا يرفع العقد مع بقاء موجبه.

وهذا الخلاف هو المعني بقول المصنف رحمه الله: وكذلك نماؤه المنفصل. وعنه: لا يرده إلا مع نمائه. ولا تعود هذه الرواية إلى الكسب لأنه ذكر في **المغني** أن الكسب زيادة من غير العين. ثم قال: فكل ذلك للمشتري في مقابلة ضمانه. ثم قال: ولا نعلم في هذا خلافا. وحكى في **الكافي** في الزيادة من غير العين

---

(١) الممتع ٢/٤٤٥

كالكسب ونحوه روايتين وفيه نظر لما ذكر عن المصنف في **المغني**.

وحكى صاحب النهاية فيها: الكسب مما أجمع عليه.

قال: (ووطء الثيب لا يمنع الرد. وعنه: يمنع).

أما كون وطء الثيب لا يمنع الرد على رواية؛ فلأنه قول زيد بن ثابت.

وأما كونه يمنعه على رواية؛ فلأنه قول علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

---

(١) في هـ: ويرجع.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب البيوع، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.." [١]

"ولأن الرد كان جائزا قبل حدوث العيب فلا يزول عنه إلا بدليل وضرر البائع ينجبر برد أرش العيب الحادث عند المشتري عليه.

فعلى هذا إن أمسك المبيع وأخذ أرش العيب الموجود قبل البيع فلا إشكال، وإن رد المبيع نظر في البائع فإن لم يكن دلس العيب وجب على المشتري رد أرش العيب الحادث عنده؛ لأن التلف حصل في يده فكان ضمانه عليه.

ولأن الأرش الحادث في ملك البائع عليه. فكذلك الأرش الحادث في ملك المشتري وإذا وجب على المشتري ذلك سقط من الثمن ما قابله إن كان من جنسه وأخذ المشتري باقي الثمن؛ لأنه عوض فات معوضه.

وإن كان البائع دلس العيب لم يجب على المشتري رد أرش العيب الحادث عنده لأن البائع غره فكان ما يستحقه عليه من أرش العيب الحادث عليه كما لو زوجه أمة على أنها حرة. ويأخذ المشتري من البائع الثمن كاملا لفوات معوضه السالم عن استحقاق أرش.

قال: (قال القاضي: ولو تلف المبيع عنده ثم علم أن البائع دلس العيب رجع بالثمن كله. نص عليه في رواية حنبل. ويحتمل أن يلزمه عوض العين إذا تلفت وأرش البكر إذا وطئها لقوله عليه السلام: «الخراج بالضمان» (١)، وكما يجب عوض لبن المصراة على المشتري).

---

(١) الممتع ٢/٤٥٠

أما كون المشتري يرجع بالثمن كله من غير أن يضمن العين على منصوص الإمام أحمد فلما ذكر في أرش العيب الحادث عند المشتري إذا دلسه البائع.

وأما كونه يحتمل أن يلزمه عوض العين وأرش البكر؛ فلأن التلف حصل في يده. وقد أيد المصنف هذا الاحتمال بأن قال في **المغني**: مذهب أكثر أهل العلم فيما أرى أن المبيع بعد قبضه من ضمان المشتري سواء دلس البائع العيب أو لم يدلسه وهو معنى قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان» (٢).

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) مثل السابق.." [١]

"وقال المصنف في **المغني**: قياس المذهب أنه يستحق الأرش لأن له إمساك المعيب والمطالبة بالأرش، والتصرف هنا منزل منزلة الإمساك مع العلم.

قال: (وإن باع بعضه فله أرش الباقي، وفي أرش المبيع الروايتان.

وقال الخرقي: له رد ملكه منه بقسطه من الثمن أو أرش العيب بقدر ملكه فيه).

أما كون البائع له أرش باقي المبيع؛ فلأنه باق (١) في يده فات منه جزء اقتضى العقد تسليمه فكان له بدله أشبه ما لو كان الكل.

وأما كونه له أرش المبيع ففيه الروايتان المذكورتان فيما إذا باعه كله. وقد تقدم ذكر ذلك تفصيلا ودليلا.

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله أنه ليس له رد الباقي لأنه اقتصر على الأرش. ولم تثبت له الخيرة بين الأرش والرد لما تقدم، ويؤيده قوله بعد: وقال الخرقي: له رد ملكه لأنه مشعر بأنه خلاف ما تقدم.

وقال القاضي: رد الباقي مخرج على تفريق الصفقة.

والمنصوص عن الإمام أحمد جواز الرد كما قال الخرقي لأنه مبيع ظهر على عيبه وأمكنه رده فكان له ذلك كما لو كان جميعه باقيا.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: الذي يقتضيه النظر أن المبيع إن كان ينقص بالتفريق كمصراعي باب وما أشبهه لا يملك رده لما فيه من الضرر على البائع من نقصان القيمة وسوء المشاركة، وإن لم يكن كذلك يخرج على تفريق الصفقة.

قال: (وإن صبغه أو نسجه فله الأرش. وعنه: له الرد ويكون شريكا بصبغه ونسجه).

---

(١) الممتع ٢/٤٥٢

أما كون من ذكر له الأرش فلما تقدم غير مرة. ومفهومه أنه لا رد له وذلك صحيح على المذهب لأنه شغل المبيع بملكه فلم يكن له رده لما فيه من سوء المشاركة.

وأما كونه له الرد ويكون شريكا بقيمة الصبغ والنسج على رواية فقياس على الغاصب.

---

(١) في هـ: باقي.." (١)

"وأما كونه يبطل بتأخير الرد مع وجدان ما يدل على رضا المشتري بالمبيع معيبا مثل إن استغل المبيع أو عرضه على البيع أو تصرف فيه مع علمه بعيبه لأن دليل الرضا منزل منزلة التصريح به.

وأما كونه على الفور على رواية؛ فلأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال أشبه خيار الشفعة.

وأما كون الرد المذكور لا يفتقر إلى رضا ولا قضاء ولا حضور صاحبه؛ فلأنه رفع عقد جعل إليه فلم يعتبر ذلك فيه كالطلاق.

قال: (وإن اشترى اثنان شيئا وشرطا الخيار أو وجداه معيبا فرضي أحدهما فللآخر الفسخ في نصيبه. وعنه: ليس له ذلك).

أما كون من لم يرض له الفسخ في نصيبه على المذهب؛ فلأن نصيبه جميع ما ملكه بالعقد فجاز له رده بالعيب تارة والشرط تارة كجميع المبيع.

وأما كونه ليس له ذلك على رواية؛ فلأن المبيع خرج من ملك البائع دفعة واحدة فإذا رد أحدهما نصيبه رده مشتركا ناقصا فلم يكن له ذلك كما لو تعيب عنده.

قال: (وإن اشترى واحد معيبين صفقة واحدة فليس له إلا ردهما أو إمساكهما، فإن تلف أحدهما فله رد الباقي بقسطه، والقول في قيمة التالف قوله مع يمينه).

أما كون الواحد إذا اشترى ما ذكر ليس له إلا ردهما أو إمساكهما؛ فلأن في رد أحدهما تفريقا للصفقة على البائع مع إمكان أن لا يفرقها أشبه رد بعض المعيب الواحد.

قال المصنف في **المغني**: القياس أنها كالمسألة قبلها. يعني ما إذا اشترى شيئين فوجد بأحدهما عيبا وفيها روايتان مضى ذكرهما وتعليلهما.

فعلى هذا يخرج في المسألة المذكورة هنا رواية أن للمشتري رد أحد المعيبين. وعلل المصنف في **المغني** فقال: إذ لو كان إمساك أحدهما مانعا من الرد لمنع من الرد إذا كان صحيحا.

---

(١) الممتع ٢/٤٥٤

وأما كونه له رد الباقي بقسطه إذا تلف أحدهما؛ فلأن التالف لا يمكنه رده بخلاف ما إذا كان موجودا.." (١)

"وحكى المصنف في **المغني**: أن الرد هنا على الروايتين في رد أحدهما.

فعلى هذا إن قلنا ليس له رد أحدهما فليس له رد الباقي إذا تلف أحدهما.

وأما كون القول في قيمة التالف قول المشتري مع يمينه؛ فلأنه بمنزلة الغارم لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يغرمه فهو بمنزلة المستعير والغاصب.

قال: (وإن كان أحدهما معيبا فله رده بقسطه. وعنه: لا يجوز له إلا ردهما أو إمساكهما، وإن كان المبيع مما ينقصه التفريق كمصراعي باب وزوجي خف أو جارية وولدها فليس له رد أحدهما).

أما كون المشتري لما ذكر له رد المعيب وحده بقسطه من الثمن إذا لم يكن مما ينقصه التفريق ولم تكن جارية وولدها على المذهب؛ فلأنه رد للمبيع المعيب على وجه لا ضرر فيه على البائع فجاز كما لو رد الجميع.

وأما كونه لا يجوز له إلا ردهما أو إمساكهما على رواية؛ فلأن رد المعيب وحده تبعيض للصفقة على المشتري فلم يكن له ذلك كما لو كان المبيع مما ينقص بالتفريق.

وأما كونه ليس له رد أحدهما إذا كان مما ينقص بالتفريق كمصراعي باب وزوجي خف؛ فلأن الرد يتضمن ضرر البائع، والخيار إنما ثبت لإزالة الضرر ولا يزال الضرر بالضرر.

وأما كونه ليس له ذلك إذا كان جارية وولدها؛ فلأن في رد أحدهما تفريقا بينهما وذلك لا يجوز لما تقدم في موضعه.

ولا بد أن يلحظ في المنع من الجارية وولدها ما في معناهما ممن يحرم التفريق بينهما كغيرهما من كل ذي رحم محرم لأن الكل سواء معنى فكذا يجب أن يكون حكما. وكذلك زاد بعض من أذن له المصنف رحمه الله في الإصلاح أو ممن يحرم التفريق بينهما.." (٢)

"قال: (ومتى اشتراه بثمن مؤجل، أو ممن لا تقبل شهادته له، أو بأكثر من ثمنه حيلة، أو باع بعض الصفقة بقسطها من الثمن ولم يبين ذلك للمشتري في تخبيره بالثمن فللمشتري الخيار بين الإمساك والرد).

أما كون المشتري له الخيار المذكور فيما إذا كان الشراء بثمن مؤجل ولم يبينه البائع له؛ فلأن الأجل يأخذ

---

(١) الممتع ٢/٤٥٦

(٢) الممتع ٢/٤٥٧

قسطا من الثمن فإذا بان للمشتري ذلك وجب أن يثبت له الخيار استدراكا لظلامته.
وأما كونه له ذلك إذا اشتراه ممن لا تقبل شهادته له؛ فلأنه متهم في حقهم لكونه يحابيهم ويسمح لهم.
وأما كونه له ذلك إذا اشتراه حيلة؛ فلأن ذلك تدليس وهو حرام فأثبت الخيار كتدليس العيب.
وأما كونه له ذلك إذا باع بعض ما اشتراه؛ فلأن قسمة الثمن على ذلك تخمين، واحتمال الخطأ فيه كثير.
وأطلق المصنف رحمه الله ثبوت الخيار هنا في بيع بعض الصفقة، وصرح في **المغني** بأن البيع إن كان مما ينقسم الثمن عليه بالأجزاء كالمكيل و الموزون من صنف واحد جاز بيع بعضه مرابحة لأن ذلك لا يحتاج إلى تخمين بل الثمن مقسوم عليه بالأجزاء وذلك يستدعي عدم ثبوت الخيار لأن جوازه يستدعي نفي الضرر عن المشتري وإلا حرم كالذي لا ينقسم وإذا لم يتضرر فلا خيار وهذا صحيح يجب حمل كلام المصنف هنا عليه.
وفي ثبوت الخيار في الصورة المذكورة إشعار بأمرين:
أحدهما: أن البائع يجب عليه أن يبين ذلك كله للمشتري لأن كتمانه تدليس وذلك حرام لما تقدم.
وثانيهما: أن البيع مع الكتمان صحيح لأن غاية ما تقدم أنه بيع دلس فيه، وذلك لا يمنع الصحة دليله بيع المعيب.
ولأن الضرر يمكن استدراكه بثبوت الخيار فلم تدع حاجة إلى إبطاله.." (١)
"قال: (وما يزاد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار أو يؤخذ أرشا لعيب أو جناية عليه يلحق برأس المال ويخبر به، وإن جنى ففداه المشتري أو زيد في الثمن أو حط منه بعد لزومه لم يلحق به).
أما كون ما يزاد في الثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق برأس المال ويخبر به؛ فلأن ذلك من الثمن فوجب إلحاقه برأس المال والإخبار به كأصله.
وأما كون ما يؤخذ أرشا لعيب أو جناية عليه تلحق برأس المال ويخبر به؛ فلأنه أخذ في مقابلة جزء من المبيع.
وأما كون ما تفدى به الجناية لا يلحق برأس المال؛ فلأن ذلك ليس من الثمن ولا يزاد به المبيع.
وأما كون ما زيد في الثمن أو حط منه بعد لزوم العقد لا يلحق برأس المال؛ فلأن الزيادة حينئذ بمنزلة الهبة من المشتري والنقصان من البائع لأنه لا يلزم واحدا منهما ذلك فلم يجب إلحاقه به كما لو وهب أحدهما الآخر شيئا.

---

(١) الممتع ٢/٤٦٤

قال: (وإن اشترى ثوبا بعشرة وقصره بعشرة أخبر به على وجهه، فإن قال: تحصل علي بعشرين فهل يجوز ذلك؟ على وجهين. وإن عمل فيه بنفسه عملا يساوي عشرة لم يجز ذلك وجها واحدا).

أما كون المشتري يخبر بما فعل على وجهه؛ فلأنه لو ضم ذلك إلى الثمن وقال: رأس ماله كذا كان كذبا وتغريرا بالمشتري.

وأما كونه يجوز أن يقول: تحصل علي بعشرين على وجه؛ فلأنه صادق.

وأما كونه لا يجوز على وجه؛ فلأن فيه تلبيسا ويحتمل أن المشتري لو علم الحال لما رغب فيه لكون ذلك العمل مما لا حاجة إليه أشبه ما لو أنفقه عليه.

قال المصنف في **الكافي**: بعد ذكره هذا الوجه في المسألة هو ظاهر كلام أحمد.

وأما كونه لا يجوز أن يقول ذلك إذا عمل ما تقدم ذكره بنفسه وجها واحدا؛ فلأنه كاذب لأن ما عمله لم يغرم بسببه شيئا، وإخباره بأنه تحصل عليه بعشرين كذب.." (١)

"قال: (وإن اشتراه بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة أخبر بذلك على وجهه، وإن قال: اشتريته بعشرة جاز.

وقال أصحابنا: يحط الربح من الثمن الثاني ويخبر أنه اشتراه بخمسة).

أما كون المشتري يخبر بالحال على وجهه؛ فلأنه أقرب إلى الحق وأبلغ في الصدق.

وأما كونه يجوز أن يقول: اشتريته بعشرة؛ فلأنه اشتراه بذلك.

وأما كونه يحط الربح من الثمن الثاني على قول الأصحاب؛ فلأن الربح أحد نوعي النماء فوجب أن يخبر به في المرابحة كالنماء من نفس المبيع كالولد والثمرة.

وأما كونه يخبر بأنه اشتراه بخمسة؛ فلأن الربح لما حط من الثمن بقي ذلك. وقد روي عن الإمام أحمد أنه لما بلغه أن ذلك مذهب ابن سيرين أعجبه وظاهره أنه أوجب ذلك.

وفي قول المصنف رحمه الله: وقال أصحابنا إشعار بأن جواز الإخبار بأنه بعشرة اختياره.

وقال في **المغني** بعد ذكره الإخبار بمثل الثمن الثاني: وهو الصحيح. وحمل كلام الإمام أحمد في ذلك (١) على الاستحباب. ويجاب عن قياس الربح على الأرش بأن إلحاق الربح بالكسب أولى من إلحاقه بالأرش (٢) لأن الربح والكسب نماء من غير عين المبيع بخلاف الأرش فإنه عوض عن جزء من عين المبيع ولو كان المبيع عبدا فكسب لا يجب أن يحط ذلك من الثمن. فكذلك الربح.

---

(١) الممتع ٢/٤٦٥

---

(١) في ج: **الكافي**.

(٢) في هـ: من الأرش.." (١)

"وأما كون العقد يقر إذا رضي أحدهما بقول صاحبه؛ فلأن الراضي إما البائع أو المشتري: فإن كان البائع فلا خيار للمشتري لأنه قد حصل له ما ادعاه، وإن كان المشتري فلا خيار للبائع كذلك.

وأما كون الفسخ لكل واحد منهما فلما تقدم أول الفصل.

وفي إضافة المصنف رحمه الله الفسخ إلى كل واحد منهما إشعار بأنه لا حاجة في فسخ البيع إلى حكم حاكم، وقد صرح به في **المغني**، وذكر فيه احتمالا وعلله بتعذر إمضائه في الحكم.

وقال في **الكافي**: الأول المذهب لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أو يترادان» (١)، ولما تقدم من قول الأشعث: فإني أرى أن أرد البيع (٢).

ولأنه خيار لاستدراك ظلامة فكان من غير حكم حاكم كالرد بالعيب.

وأما كون ورثة المتبايعين بمنزلتهما عند موتهما؛ فلأنهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما وإرث حقوقهما. فكذلك فيما يلزمهما أو يصير لهما.

قال: (ومتى فسخ المظلوم منهما انفسخ العقد ظاهرا وباطنا، وإن فسخ الظالم لم ينفسخ في حقه باطنا وعليه إثم الغاصب).

أما كون العقد ينفسخ ظاهرا وباطنا إذا فسخ المظلوم؛ فلأنه معذور.

وأما كونه لا ينفسخ باطنا إذا فسخ الظالم؛ فلأنه لا عذر له.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله الفرق بين الظالم والمظلوم سواء كان الظالم البائع أو المشتري. ولم أجد نقلا صريحا يوافق ذلك ولا دليلا يقتضيه، بل المنقول في مثل ذلك أن البائع إن كان ظالما لم ينفسخ العقد باطنا لأنه يمكنه إمضاء العقد واستيفاء حقه ولا ينفسخ العقد باطنا ولا يباح له التصرف وعليه إثم الغاصب؛ لأنه غاصب. وإن كان المشتري ظالما انفسخ البيع ظاهرا وباطنا لعجز البائع عن استيفاء حقه هكذا نقله المصنف في **المغني** **والكافي** ولم ينقل الفرق بين المظلوم والظالم مطلقا.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

---

(١) الممتع ٢/٤٦٦

(٢) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة .. وقد ذكر هذا القول في سياق حديث ابن ماجة.." [١]

"ونقل عن القاضي أنه قال: ظاهر كلام أحمد أن الفسخ يثبت ظاهرا وباطنا وظاهره التعميم سواء كان الفاسخ الظالم أو المظلوم وعلل قوله بأن ذلك فسخ لاستدراك ظلامة أشبه الرد بالعيب، أو فسخ عقد بعد التحالف أشبه الفسخ باللعان.

قال: (وإن اختلفا في صفة الثمن تحالفا إلا أن يكون للبلد نقد معلوم فيرجع إليه).

أما كون المتبايعين يتحالفان عند الاختلاف في صفة الثمن وفي البلد نقود؛ فلأنهما اختلفا في صفة الواجب فوجب التحالف كاختلافهما في أصل الثمن.

وقال المصنف في **المغني**: يرجع إلى أوسطها. نص عليه وعليه اليمين لأن الظاهر معه فكان القول قوله مع يمينه كالمنكر.

وأما كونهما لا يتحالفان إذا كان للبلد نقد معلوم؛ فلأنه يرجع إليه لأن الظاهر وقوع البيع به.

قال: (وإن اختلفا في أجل أو شرط فالقول قول من ينفيه. وعنه: يتحالفان. إلا أن يكون شرطا فاسدا فالقول قول من ينفيه).

أما كون القول قول من ينفي الأجل على المذهب؛ فلأن الأصل عدمه.

ولأنه منكر والقول قول المنكر.

وأما كون المتبايعين يتحالفان على رواية؛ فلأنهما اختلفا في صفة العقد فوجب التحالف قياسا على الاختلاف في الثمن.

والقول في الاختلاف في رهن أو ضمين أو قدر ما وقع به الرهن أو الضمان كالقول في الاختلاف في الأجل.

وأما الاختلاف في الشروط فعلى ضربين:

أحدهما: شرط صحيح وحكمه كذلك والدليل ما ذكر.

والثاني: شرط فاسد مثل أن يقول أحدهما: وقع العقد بخمر أو بخيار مجهول أو نحوهما فينفيه الآخر

---

(١) الممتع ٢/٤٧٠

فالقول قول من ينفيه لأن الظاهر من حال المسلم أن لا يتعاطى إلا عقدا صحيحا.

ولم يحك المصنف رحمه الله هنا في مثل ذلك خلافا لأنه استثنى ذلك من قوله: وعنه يتحالفان.." [١]

"ومن الاختلاف مما يفسد البيع صورة -وحكى المصنف في **المغني** فيها خلافا- وهي ما إذا قال: بعتك وأنا صبي. وعلل قبول قوله بأن الأصل الصغر فعارض ذلك بالظاهر المتقدم ذكره.

قال: (وإن قال: بعتني هذين فقال: بل أحدهما فالقول قول البائع. وإن قال: بعتني هذا قال: بل هذا حلف كل واحد منهما على ما أنكره ولم يثبت بيع واحد منهما).

أما كون القول قول البائع إذا اختلفا في مقدار المبيع؛ فلأن البائع ينكر القدر الزائد فاختصت اليمين به كما لو اختلفا في أصل العقد.

وأما كون كل واحد يحلف على ما [أنكره] (١) إذا اختلفا في عين المبيع؛ فلأن كل واحد يدعي عقدا على مبيع (٢) ينكره صاحبه فيحلف كل واحد منهما على ما أنكره.

وأما كون بيع واحد منهما لا يثبت؛ فلأن الذي ادعاه المشتري أنكره البائع وحلف عليه والقول قول المنكر مع يمينه والذي أقر به البائع لا يدعيه المشتري.

قال: (وإن قال البائع: لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه، وقال المشتري: لا أسلمه حتى أقبض المبيع والثمن عين: جعل بينهما عدل يقبض منهما ويسلم إليهما. وإن كان دينا أجبر البائع على التسليم ثم يجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضرا معه، وإن كان غائبا بعيدا أو المشتري معسرا فللبائع الفسخ، وإن كان في البلد حجر على المشتري في ماله كله حتى يسلمه، وإن كان غائبا عن البلد قريبا احتمل أن يثبت للبائع الفسخ واحتمل أن يحجر على المشتري).

أما كون العدل يجعل بين البائع والمشتري إذا اختلفا في التسليم أولا والثمن عين؛ فلأنهما استويا في تعلق حقهما بعين كل واحد (٣) من الثمن والمثمن، وإذا كان كذلك وجب أن يجعل بينهما عدل يسلم إليهما لأن في ذلك تسوية بين المتساويات.

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

---

[١] الممتع ٢/٤٧١

(٢) في هـ: على زيد مبيع.

(٣) في هـ: أحد.." (١)

"وكان الطعام مستعملا يومئذ غالبا فيما كان مكيلا أو موزونا (١).

وأما كون الصبرة المتعينة يجوز بيعها قبل قبضها على رواية؛ فلأن التعيين كالقبض.

ولأن ابن عمر قال: «ما أدركت الصفقة حيا مجموعا فهو من مال المشتري» (٢).

وأما كون ما عدا المكيل والموزون يجوز التصرف فيه قبل قبضه على المذهب؛ فلأن تخصيص النهي بالمكيل والموزون يدل على نفي الحكم عما عداه.

وأما كونه كالمكيل والموزون على رواية فلما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه نهى أن تباع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار» (٣) رواه أبو داود.

وقال ابن عباس: «أحسب كل شيء بمنزلة الطعام» (٤).

ولأنه لم يتم ملكه عليه أشبه المكيل.

قال المصنف في **الكافي**: الأول المذهب، والذي يقتضيه الدليل أن يكون الصحيح أن ما كان مطعوما لا يجوز بيعه قبل قبضه سواء كان مكيلا أو موزونا أو لم يكن. وحكى ذلك رواية عن أحمد وعللها بما تقدم من الأحاديث. ويؤيده قول ابن عبد البر: الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام.

وأما ما يكون من ضمان بائعه إذا تلف قبل قبضه فعلى ضربين:

أحدهما: ما يتلف بأمر سماوي فينظر فيه فكل ما لا يجوز للمشتري بيعه يكون من ضمان بائعه «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن» (٥). والمراد به ربح ما بيع [قبل القبض؛ لأن ربح ما بيع] (٦) بعده من ضمان المشتري وفاقا.

---

(١) في هـ: موزنا.

(٢) ذكره البخاري معلقا ٢: ٧٥١ في كتاب البيوع، باب إذا اشترى متاعا أو دابة فوضعه عند البائع ...

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٩٩) ٣: ٢٨٢ كتاب البيوع، باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٢٨) ٢: ٧٥١ كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض ...

---

(١) الممتع ٢/٢٧٤

بلفظ: « ... ولا أحسب كل شيء إلا مثله».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٢٥) ٣: ١١٦٠ كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض. واللفظ له.
(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٠٤) ٣: ٢٨٣ كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٤) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٣١) ٧: ٢٩٤ كتاب البيوع، شرطان في بيع وهو أن يقول: أبيعك هذه السلعة إلى شهر بكذا ...
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٨٨) ٢: ٧٣٧ كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٦٢٨) ٢: ١٧٥.
(٦) سقط من هـ.." (١)

"ولأنه يجوز التفاضل في ذلك وغاية ما يقدر في البيع المذكور حصول التفاضل وذلك جائز في الجنسين.

وقال المصنف في **المغني**: ذهب كثير من أصحابنا إلى تحريم ذلك.

قال ابن أبي موسى: لا خير فيما يكال بما يكال جزافا، ولا فيما يوزن بما يوزن جزافا اتفقت الأجناس أم اختلفت. ولا بأس ببيع المكيل بالموزون جزافا. وقال ذلك القاضي والشريف أبو جعفر واحتج له بما روى أبو بكر «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام مجازفة»، وهذا طعام. والحديث الذي رواه مسلم فيما تقدم (١).

ولأنه بيع طعام بطعام أشبه الجنس الواحد.

والأول أصح لما تقدم من قوله: «فإذا اختلفت هذه الأصناف (٢) فبيعوا كيف شئتم يدا بيد» (٣).

ولأنه يجوز التفاضل فيه فجاز جزافا من الطرفين كالمكيل بالموزون.

ولأن حقيقة التفاضل لا تمنع فإنه يجوز أن يبيع مد حنطة بأمداد شعير وشبههما فالجهل به أولى أن لا يكون مانعا.

والحديث المذكور المراد به الجنس الواحد ولهذا جاء في بعض ألفاظه: «نهى أن تباع الصبرة لا يعلم

---

(١) الممتع ٤٧٦/٢

مكيلها من التمر» (٤).

والظاهر أن الحديثين واحد، وإنما اختلفت ألفاظه. ثم هو مخصوص بالمكيل بالموزون فيقاس عليه محل النزاع.

---

(١) وهو قوله: «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلا بمثل». وقد سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) في هـ: الأجناس.

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٣٠) ٣: ١١٦٢ كتاب البيوع، باب تحريم بيع صبرة التمر المجهولة القدر بتمر.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٤٧) ٧: ٢٦٩ كتاب البيوع، بيع الصبرة من التمر لا يعلم مكيلها بالكيل المسمى من التمر.." [١]

"قال: (والجنس ما له اسم خاص يشمل أنواعا كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح، وفروع الأجناس أجناس كالأدقة والأخباز والأدهان).

أما قول المصنف رحمه الله: والجنس ما له اسم خاص يشمل أنواعا؛ فبيان لمعنى الجنس لأنه لما تقدمت التفرقة بين الجنس والجنسين دعت الحاجة إلى تبيين الجنس.

والفرق بينه وبين النوع أن الجنس هو الشامل لأشياء كثيرة مختلفة بأنواعها، والنوع هو الشامل لأشياء كثيرة مختلفة بأشخاصها؛ فأنواع الذهب: المصري، والأتابكي، والصوري. وأنواع الفضة: الكاملي، والناصري، والظاهري. وأنواع البر: الحوراني، والسوادي، والغوطي، وما أشبه ذلك. وأنواع الشعير: المسدس، والرومي، ونحو ذلك. وأنواع الملح: التدمري، والجثولي، وما أشبه ذلك.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح فتصريح بأشياء لكل واحد منها اسم خاص يشمل أنواعا.

وأما كون فروع الأجناس أجناسا كدقيق القمح ودقيق الشعير وخبز القمح وخبز الشعير ودهن اللوز ودهن الجوز؛ فلأن الفروع تبع للأصل فلما كانت أصول هذه أجناسا وجب أن تكون هذه أجناسا إلحاقا للفروع

---

(١) الممتع ٢/٤٨٥

بأصولها.

قال: (واللحم أجناس باختلاف أصوله. وعنه: جنس واحد، وكذلك اللبن. وعنه: في اللحم أنه أربعة أجناس: لحم الأنعام، ولحم الوحش، ولحم الطير، ولحم دواب الماء. واللحم والشحم والكبد أجناس).

أما كون اللحم أجناسا باختلاف أصوله على المذهب؛ فلأنه إذا اختلف أصله فروع أصول هي أجناس فكانت أجناسا كالأدقة والأخباز.

وأما كونه جنسا واحدا على رواية؛ فلأنه اسم تحته أنواع فكان جنسا واحدا كالطلع.

وأما كونه أربعة أجناس كما ذكر المصنف على رواية؛ فلأن الحيوانات المذكورة تختلف في المنفعة والقصد والأكل فكانت أجناسا. وصحح القاضي هذه الرواية قاله المصنف في **المغني**. ونصر ابن عقيل الأول.." (١)

"وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: وهو الأشبه بالأصول فإن كثيرا من المشتركات في (١) الأسماء مختلفة الأجناس لاختلاف أصولها كما تقدم.

فعلى هذا لحم الإبل جنس بخاتيها وعرابها. والبقر جنس عرابها وجواميسها. والغنم جنس ضأنها، ومعزها. والوحش أجناس بقرها جنس وغنمها جنس وظباؤها جنس. وكل ما له اسم يخصه تحته أنواع جنس والطير أجناس.

وأما كون اللبن فيه روايتان:

إحداهما: أنه يختلف كأصوله.

والثانية: أنه جنس واحد فلما ذكر في اللحم.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا تجري الرواية الثالثة في اللحم في اللبن لأنه عطفه على الروايتين في اللحم ثم خصص اللحم رواية ثالثة.

وقال في **الكافي** بعد ذكره الروايات الثلاث في اللحم: وفي الألبان من القول مثل ما في اللحم لأنها من الحيوانات يتفق اسمها أشبهت اللحم.

وظاهر هذا أن في اللبن الروايات الثلاث وهو أظهر لاتحادهما في المعنى.

وأما كون اللحم وال شحم والكبد أجناسا؛ فلأنها مختلفة في الاسم والخلقة فكانت أجناسا كالإبل والبقر والغنم.

---

(١) الممتع ٢/٤٨٦

قال: (ولا يجوز بيع لحم بحيوان من جنسه، وفي بيعه بغير جنسه وجهان).

أما كون بيع لحم بحيوان من جنسه كلحم إبل بإبل وغنم بغنم وما أشبههما لا يجوز فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع اللحم بالحيوان» (٢).

وروي عنه أنه عليه السلام: «نهى أن يباع حي بميت» (٣).

ولأنه نوع فيه الربا بيع بأصله الذي فيه منه فلم يجز كبيع السمسم بالشيرج.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٦٤) ٢: ٥٠٧ كتاب البيوع، باب بيع الحيوان باللحم. قال ابن عبدالبر: لا أعلمه يتصل من وجه ثابت.

(٣) أخرجه الشافعي في البيوع، باب فيما نهي عنه من البيوع وأحكام أخر ٢: ١٤٥/ ٤٨٤.." [١]

"وأما كون بيع لحم بحيوان من غير جنسه كلحم إبل بغنم ولحم غنم ببقر لا يجوز في وجه فلعموم ما تقدم.

وروي عن ابن عباس «أن جزورا نحرت على عهد أبي بكر رضي الله عنه (١) فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني جزءا بهذا العناق. فقال: لا يصلح هذا».

وهل يشترط في غير الجنس كونه مأكولا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يشترط. ذكره أبو الخطاب في رؤوس المسائل.

والثاني: لا يشترط. فلا يجوز بيع لحم غنم وشبهه بحمار ونحو ذلك لدخوله في عموم ما تقدم.

وصحح صاحب النهاية فيها الأول وعلله بأن المنع إنما كان لأجل الربا فإذا لم يكن مأكولا لم توجد العلة فوجب أن يزول الحكم لزوال علته. وجعله المصنف في **المغني** ظاهر قول أصحابنا.

وأما كون بيع لحم بحيوان من غير جنسه يجوز في وجه؛ فلأن النهي عن بيع اللحم بالحيوان إنما كان لاشتمال الحيوان على جنس اللحم؛ لأن ذلك يؤدي إلى الربا فإذا لم يكن من جنسه وجب الجواز لزوال العلة المقتضية للتحريم.

وقيل: هذان الوجهان مبنيان على كون جميع اللحم جنسا أو أجناسا. فإن قيل: جميعها جنس واحد لم يجز بيع اللحم بالحيوان مطلقا، وإن قيل: أجناس جاز لأن التفاضل مع اختلاف الجنس لا يضر.

---

(١) الممتع ٢/٤٨٧

قال: (ولا يجوز بيع حب بدقيقه ولا سويقه في أصح (٢) الروايتين).

أما كون بيع حب بدقيقه أو سويقه لا يجوز في رواية؛ فلأن كل واحد مكيل ويشترط في بيع المكيل بجنسه التساوي وهو متعذر هنا لأن أجزاء الحب تنتشر بالطحن.

وأما كونه يجوز في رواية؛ فلأن الدقيق نفس الحب وإنما تكسرت أجزاؤه فجاز بيع البعض بالبعض كالحب المكسر بالصحاح.

---

(١) في هـ: عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم.

(٢) ساقط من هـ.." (١)

"قال: (ولا يجوز بيع جنس فيه الربا بعضه ببعض، ومع أحدهما أو معهما من غير جنسهما كمد عجوة ودرهم بمدين أو بدرهمين أو بمد ودرهم. وعنه: يجوز بشرط: أن يكون المفرد أكثر من الذي معه غيره، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه).

أما كون ما ذكر لا يجوز على المذهب ويسمى مسألة مد عجوة؛ فلأنه مفض إلى (١) الربا وسيبين إن شاء الله تعالى.

وأما كونه يجوز بشرط كون المفرد أكثر من الذي معه غيره كمدين بمد ودرهم، أو يكون مع كل واحد منهما من غير جنسه كمد ودرهم بمد ودرهم على رواية؛ فلأن الزائد في مقابلة غير الجنس.

قال المصنف في الكافي: الأول المذهب لما روى فضالة بن عبيد قال: «أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها [رجل] بتسعة دنانير. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لا، حتى تميز بينهما» (٢) رواه أبو داود.

ولأن الصفقة إذا جمعت (٣) شيئين مختلفي القيمة انقسم الثمن بينهما على قدر قيمتهما. بدليل ما لو اشترى شقصا وسيفا فإن الشفيع يأخذ الشقص بقسطه من الثمن. فإذا قسم الثمن على القيمة أدى إلى الربا لأنه إذا باع درهما ومدا قيمته درهمان بمدين قيمتهما ثلاثة حصل في مقابلة الجيد مد وثلث.

قال: (وإن باع نوعي جنس بنوع واحد منه كدينار قراضة وصحيح بصحيحين جاز. أومأ إليه أحمد وذكره أبو بكر، وعند القاضي هي كالتي قبلها).

أما كون البيع في هذه المسألة يجوز على ما أومأ إليه الإمام أحمد؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال:

---

(١) الممتع ٢/٤٨٨

«الذهب بالذهب مثلا بمثل» (٤)، والمماثلة المعتبرة المساواة في الوزن. والجودة

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥١) ٣: ٢٤٩ كتاب البيوع، باب في حلية السيف تباع بالدراهم. وما بين المعكوفين من السنن. وأصله عند مسلم مختصرا (١٥٩١) ٣: ١٢١٣ كتاب المساقاة، باب بيع القلادة فيها خرز وذهب.

(٣) في هـ: أجمعت.

(٤) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"قال: (والمرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم. وما لا عرف له به ففيه وجهان أحدهما: يعتبر عرفه في موضعه. والآخر: يرد إلى أقرب الأشياء شبها به بالحجاز).

أما كون المرجع في الكيل والوزن إلى عرف أهل الحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم إن كان له عرف؛ فلقوله عليه السلام: «المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة» (١)، والنبي صلى الله عليه وسلم إنما يحمل قوله على تبيين الأحكام.

ولأن ما كان مكيلا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انصرف التحريم بتفاضل الكيل إليه فلا يجوز أن يتغير، وهكذا الوزن.

وأما كون ما لا عرف له بالحجاز يعتبر عرفه في بلده في وجه؛ فلأن المرجع في القبض والحرز والتفرق إلى العرف فكذا هنا.

وأما كونه يرد إلى أقرب الأشياء شبها به بالحجاز في وجه؛ فلأن الحوادث ترد إلى الأشبه بالمنصوص عليه فكذا هاهنا.

قال المصنف في المغني: هو القياس.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٤٠) ٣: ٢٤٦ كتاب البيوع، باب في قول النبي صلى الله عليه وسلم:

---

(١) الممتع ٢/٤٩٤

«المكيال مكيال المدينة».

وأخرجه النسائي في سننه (٢٥٢٠) ٥: ٥٤ كتاب الزكاة، كم الصاع.." [١]

"«أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أستسلف إبلا فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى مجيء المصدق» (١). [رواه أبو داود] (٢). وإذا جاز في الجنس الواحد ففي الجنسين أولى.

وأما كونه لا يجوز فيهما على رواية؛ فلأنه بيع عرض بعرض فلم يجز النسأ فيهما كالعرض الذي يجري فيه ربا الفضل.

وأما كونه لا يجوز في الجنس ويجوز في الجنسين على رواية؛ فلأن سمرة روى «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة» (٣) قال الترمذي: هذا حديث صحيح.

وذلك يدل على عدم جواز النسأ في الجنس الواحد بمنطوقه وعلى جوازه في الجنسين بمفهومه.

وحكى المصنف رحمه الله في الكافي رواية رابعة هي: أن ذلك جائز مع التساوي، غير جائز مع التفاضل في الجنس الواحد؛ لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نسيئا ولا بأس به يدا بيد» (٤) قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وعن ابن ع‍مر «أن رجلا قال: يا رسول الله! أرأيت الرجل يبيع الفرس بالأفراس والنجيبة بالإبل؟ فقال: لا بأس إذا كان يدا بيد» (٥) رواه الإمام أحمد في المسند.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٧) ٣: ٢٥٠ كتاب البيوع، باب في الرخصة في ذلك. ولفظه: «عن عبدالله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفذت الإبل فأمره أن يأخذ في قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة».

(٢) زيادة من ج.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٦) ٣: ٢٥٠ كتاب البيوع، باب في الحيوان بالحيوان نسيئة.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٧) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٢٠) ٧: ٢٩٢ كتاب البيوع، بيع الحيوإن بالحيوان نسيئة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٧٠) ٢: ٧٦٣ كتاب التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيئة.

---

[١] الممتع ٢/٤٩٦

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٢٣٧) ٥: ٢١.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٣٨) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٧١) ٢: ٧٦٣ كتاب التجارات، باب الحيوان بالحيوان نسيئة.

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (٥٨٨٥) ٢: ١٠٩.." (١)

"قال: (وإن تقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديئا فرده بطل العقد في إحدى الروايتين، والأخرى إن قبض عوضه في مجلس الرد لم يبطل، وإن رد بعضه وقلنا يبطل في المردود فهل يبطل في غيره؟ على وجهين).

أما كون العقد يبطل إذا تصارفا في الذمة وتقابضا ثم افترقا فوجد أحدهما ما قبضه رديئا فرده في إحدى الروايتين؛ فلأن قبض مال الصرف شرط لما تقدم وقد تبين أنه غير مقبوض.

وأما (١) كونه لا يبطل إذا قبض البدل في مجلس الرد في الرواية الأخرى؛ فلأن قبض البدل في مجلس الرد يقوم مقام قبضه في مجلس البيع فوجب كونه مثله.

وقول المصنف رحمه الله: فوجد ما قبضه رديئا يشمل ما إذا كان من جنس المعقود عليه كالسواد في الفضة والوضوح في الذهب، وما إذا كان العيب من غير جنسه مثل أن يظهر نحاسا أو رصاصا. واشترط في **المغني** كون العيب من الجنس فيجب حمل لفظه هنا على ذلك إذا قلنا: قبض البدل يقوم مقام قبضه في مجلس الرد، وإذا قلنا: لا يقوم لا حاجة إلى التفصيل؛ لأن البطلان مشترك بين العينين.

وأما كونه يبطل في غير المردود إذا رد البعض لكونه رديئا، وقيل (٢) يبطل في المردود ففيه وجهان مبنيان على تفريق الصفقة.

قال: (والدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد في أظهر الروايتين فلا يجوز إبدالها. وإن وجدها معيبة خير بين الإمساك والفسخ، ويتخرج أن يمسك ويطالب بالأرش. وإن خرجت مغصوبة بطل العقد، والأخرى لا تتعين فلا يثبت فيها ذلك).

أما كون الدراهم والدنانير تتعين بالتعيين في العقد مثل أن يقول: بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم في أظهر الروايتين؛ فلأن ذلك عوض مشار إليه في العقد فوجب أن يتعين كسائر الأعواض.

ولأنه أحد العوضين فتعين بالتعيين كالآخر.

---

(١) الممتع ٢/٤٩٩

(١) في هـ: أما.

(٢) في هـ: قيل.." (١)

"فعلى هذا لا يجوز إبدالها لأن العقد واقع على عينها فإذا أخذ غير ذلك أخذ ما لم يشتره.

وإن وجدها معيبة خير بين الإمساك والفسخ كما إذا وجد المبيع معيبا، ولا أرش له مع الإمساك إن كان العقد وقع على مثله كالدراهم بالدراهم والدنانير بالدنانير لأن أخذ الأرش مفض إلى التفاضل المحرم. وخرج القاضي وجها في جواز أخذه في المجلس وعلله بأن الزيادة طرأت بعد العقد.

قال المصنف في **المغني**: ليس لهذا الوجه وجه.

وإن وقع العقد على غير مثله كالدراهم والدنانير فله أخذ الأرش في المجلس (١). ذكره المصنف في **المغني** ولم يحك فيه خلافا وعلله بأن أكثر ما فيه حصول زيادة من أحد الطرفين ولا يمنع ذلك في الجنسين. ثم قال: ولذلك أجزنا أخذ الأرش في المبيع. ثم قال: وإن كان بعد التفرق لم يجز لأنه يفضي إلى حصول التفرق قبل قبض أحد العوضين.

فعلى هذا يجب حمل كلام المصنف هنا على ما إذا كان العقد مشتملا على الدراهم والدنانير من الطرفين ليطابق ما ذكره في **المغني**.

وإن خرجت مغصوبة بطل العقد كما لو خرج المبيع مغصوبا.

وأما كونها لا تتعين في رواية؛ فلأنه يجوز إطلاق ذلك في العقد فلا تتعين كالمكاييل والصنج.

فعلى هذا يجوز إبدالها لأن المقصود يحصل بذلك، وإن وجدها معيبة لم يخير بين الإمساك والفسخ بل له المطالبة بما لا عيب فيه لأن حقه لم يتعين فيها أشبه ما لو كان الصرف في الذمة، وإن خرجت مغصوبة لم يبطل العقد وله المطالبة بالبدل لما ذكر قبل.

---

(١) في هـ: الجنس.." (٢)

"وأما كونه يترك في رؤوس النخل إلى الجذاذ؛ فلأن العرف أن ذلك لا يقطع عند بيعه بل عند استحكام نضجه وصلاحيته للأكل.

---

(١) الممتع ٢/٥٠٢

(٢) الممتع ٢/٥٠٣

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو ما تشقق طلعه فتفسير للنخل المؤبر. والتأبير في اللغة: التلقيح، وقيل: هو ظهور الثمرة من جف الطلع. والأول أكثر وأشهر.

قال المصنف في **المغني**: إلا أن الحكم متعلق بالظهور دون التلقيح بغير خلاف، ولذلك فسره هنا بما تشقق طلعه.

وأما كون الشجر الذي فيه ثمر باد كالعنب والتين والتوت والرمان والجوز كالنخل؛ فلأن بدو ذلك من شجره بمنزلة ظهور الرطب من طلعه.

وأما كون ما ظهر من نوره كالمشمش والتفاح والسفرجل واللوز والأجاص والخوخ للبائع وما لم يظهر للمشتري؛ فلأن ظهوره من ذلك كظهوره من الطلع وعدم ظهوره كعدم ظهوره فيجب أن يعطى حكمه.

وقال القاضي: يحتمل أن يكون للبائع بظهور نوره لأن الطلع إذا تشقق كان كنور الشجر.

والأول أولى لأن الذي في الطلع عين التمر بخلاف النور فإنه يتساقط والثمر غيره.

وأما كون ما يخرج من أكمامه كالورد والياسمين والقطن والبنفسج للبائع؛ فلأن خروجه من أكمامه كظهور الثمرة من الطلع وما ظهر من الطلع فهو للبائع. فكذلك ما هو في معناه.

وأما كون ما قبل ذلك كله للمشتري؛ فلأن تقييد ما تقدم ذكره بما ذكر يدل على نفي الحكم عند عدمه. ولأن ذلك تبع الأصل فوجب أن يكون للمشتري بكل حال كالأصل (١).

وأما كون الورق الذي لا يقصد أخذه كورق المشمش والجوز وما أشبههما للمشتري بكل حال بلا خلاف في المذهب؛ فلأنه ليس بثمر ولا يقصد أخذه فكان تابعا للأصل.

---

(١) في هـ: فوجب أن يكون المشتري كالأصل.." (١)

"وقيد المصنف السقي بالحاجة لأن السقي لغير حاجة يملك المشتري منعه منه لأنه سفه يتضمن التصرف في ملك غيره. وأطلق الحاجة وظاهره أنه لا يملك المنع سواء كان يضر ذلك بالشجر أو لا. وصرح به المصنف في **المغني** وعلله بأنه دخل في العقد على ذلك لأن العقد اقتضى التبقية.." (٢)

"وعن عبدالله بن عمرو بن العاص قال: «أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبتاع البعير بالبعيرين وبالأبعرة إلى مجيء المصدق» (١).

---

(١) الممتع ٢/٥٠٩

(٢) الممتع ٢/٥١١

ولأن ذلك يثبت في الذمة صداقا فيثبت في السلم كالثياب.

وأما في بقية ما ذكر؛ فلأنه يساوي الحيوان معنى فوجب أن يساويه حكما.

وأما كونه لا يصح في رواية: أما في الحيوان فلما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال: «إن من الربا أبوابا لا تخفى، وإن منها السلم في السن» (٢).

وأما في بقية ما ذكر فلما ذكر قبل.

وظاهر المذهب أن السلم في ذلك يصح قاله المصنف في **المغني**.

قال: (وفي الأواني المختلفة الرؤوس والأوساط؛ كالقماقم والأسطال الضيقة الرؤوس، وما يجمع أخلاطا متميزة؛ كالثياب المنسوجة من نوعين وجهان).

أما كون السلم في المختلفة الرؤوس كما ذكر لا يصح في وجه؛ فلأن الصفة (٣) لا تأتي على ذلك.

وأما كونه يصح في وجه؛ فلأن التفاوت في ذلك يسير.

وأما كون ما يجمع أخلاطا متميزة كالثوب المنسوج من قطن وكتان أو إبريسم يصح السلم فيه في وجه؛ فلأن ضبطه ممكن.

وأما كونه لا يصح في وجه؛ فلأنه يجمع أخلاطا أشبه الغالية.

والأول أصح. قاله المصنف في **الكافي**. ودليله ما تقدم.

والفرق بين ما ذكر وبين الغالية أن ما ذكر يجمع أخلاطا متميزة بخلاف الغالية.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٣ كتاب البيوع، باب من أجاز السلم في الحيوان بسن ...

(٣) في هـ: الصفقة.." [1]

"قال: (ولا يصح فيما لا ينضبط كالجواهر كلها، والحوامل من الحيوان، والمغشوش من الأثمان، وغيرها، وما يجمع أخلاطا غير متميزة؛ كالغالية والند والمعاجين).

أما كون السلم في الجواهر كاللؤلؤ والزبرجد والياقوت والعقيق ونحوها لا يصح؛ فلأنها تختلف اختلافا متباينا بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة ضوئها.

وأما كونه في الحوامل من الحيوان لا يصح؛ فلأن الولد مجهول. وحكى المصنف في **الكافي** وجها في

---

(١) الممتع ٢/٥٢٤

صحة السلم فيها؛ لأن الحمل لا حكم له مع الأم بدليل البيع.

وأما كونه في المغشوش من الأثمان لا يصح؛ فلأن غشه يمنع العلم بالقدر المقصود منه فلا يصح السلم فيه لأن فيه غررا.

وقول المصنف رحمه الله: وغيرها مراده المغشوش من غير الأثمان كاللبن المشوب بالماء والحنطة المخلوطة بالزوان وما أشبههما. ودليل ذلك ما مر في مغشوش الأثمان.

وأما كونه فيما يجمع أخلاطا غير متميزة كالغالية والند والمعاجين لا يصح؛ فلأن الصفة لا تأتي على ذلك فلم يصح السلم فيه لعدم ضبطه.

قال المصنف في **الكافي**: وفي معناه القسي المشتملة على الخشب والقرن والقصب والغزل والتوز.

قال: (ويصح فيما يترك فيه شيء غير مقصود لمصلحته كالجبن والعجين وخل التمر والسكنجبين ونحوها).

أما كون السلم يصح فيما ذكر فلعدم كون المتروك فيه مقصودا.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالجبن إلى آخره فتمثيل لصور لم يقصد فيها ما ذكر.." (١)

"ويصف الحنطة بالنوع فيقول: سبيلة أو سلموني، وبالجودة أو الرداءة فيقول: جيد أو رديء، وبالبلد فيقول: حوراني أو بلقاوي، وبالقد فيقول: صغار أو كبار، وبالحداثة أو القدم فيقول: حديث أو قديم.

ويصف العسل بالبلد فيقول: فيجي أو نحوه. ويجزئ ذلك عن ذكر النوع، وبالزمان فيقول: خريفي أو ربيعي أو صيفي، وباللون فيقول: أبيض أو أحمر.

ويصف الحيوان بالذكورة أو الأنوثة وبالسن فيقول: عمره كذا سنة أو غير بالغ أو مميز. وإن كان رقيقا فيذكر النوع كتركي أو رومي أو زنجي. ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر البكارة ولا الثيوبة ولا الجعودة والسبوطة.

ويصف الإبل بالنتاج فيقول: من نتاج بني فلان مكان النوع، وبالسن فيقول: بنت مخاض أو ابنة لبون، وباللون فيقول: أحمر أو أورق، وبالذكورية أو الأنوثية (١) فيقول: ذكر أو أنثى وأوصاف الخيل كالإبل والبغال والحمير لا يقصد نتاجها فيقول مكان ذلك نسبتها إلى بلده؛ كرومي في البغال، ومصري في الحمير. والبقر والغنم إن عرف لها نتاج فهي كالإبل، وإلا فهي كالحمير.

ويصف اللحم بالسن والذكورة أو الأنوثة وبالسمن أو الهزال وبالرعي أو العلف والنوع وموضع اللحم من الحيوان ويزيد في الذكر فحلا أو خصيا. وفي الصيد لا يحتاج إلى ذكر العلف والخصاء ولكن يذكر الآلة التي يصاد بها من جارحة أو أحبولة. وفي الجارحة يذكر صيد كلب أو فهد أو صقر لأن ذلك يختلف.

---

(١) الممتع ٢/٥٢٥

قال المصنف في **المغني**: الذي أراه أنه لا يحتاج إلى ذلك لأن التفاوت فيه يسير.
ويلزم قبول اللحم بعظامه لأنه يقطع كذلك فهو كالنوى في التمر. ولا يحتاج في لحم الطير إلى ذكر الذكورة والأنوثة إلا أن يختلف بذلك، ولا إلى ذكر موضع اللحم إلا أن يكون كبيرا يأخذ منه بعضه. ولا يلزمه قبول الرأس والساقين لأنه لا لحم على ذلك.

---

(١) في و: وبالذكورة أو الأنوثة.." [١]

"ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يصح كالبيع.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: ومعنى الحوالة به: أن يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثل ذلك الطعام من قرض أو سلم آخر فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم.
وإن أحال المسلم إليه المسلم بالذي عليه لم يصح أيضا (١).
قال: (ويجوز بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته بشرط أن يقبض عوضه في المجلس، ولا يجوز لغيره).
أما كون بيع الدين المستقر لمن هو في ذمته يجوز؛ فلأن ابن عمر قال: «كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وهذه من هذه فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيت حفصة. فقلت: رويدك أسألك. إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير آخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تتفرقا وليس بينكما شيء» (٢) رواه أبو داود والترمذي.
وأما قول المصنف رحمه الله: بشرط أن يقبض عوضه في المجلس فتنبيه على اشتراط قبض العوض في المجلس. والأصل فيه ما تقدم من الحديث.
ولأنه إذا لم يقبض صار بيع دين بدين وذلك لا يجوز لما تقدم.

---

(١) في هـ: وإن أحال المسلم إليه بالذي عليه أيضا لم يصح.
(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣٥٤) ٣: ٢٥٠ كتاب البيوع، باب في اقتضاء الذهب من الورق.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٤٢) ٣: ٥٤٤ كتاب البيوع، باب ما جاء في الصرف.

---

(١) الممتع ٢/٥٢٧

وأخرجه النسائي في سننه (٤٥٨٢) ٧: ٢٨١ كتاب البيوع، بيع الفضة بالذهب وبيع الذهب بالفضة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٦٢) ٢: ٧٦٠ كتاب البيوع، باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب.

وأخرجه أحمد في مسنده (٥٥٥٥) ٢: ٨٣.." (١)

"وفي قوله: المستقر إشعار بأنه لا يجوز بيع غير المستقر لمن هو في ذمته كالسلم ونحوه وقد صرح به في **المغني**. ودليله ما مر من قوله عليه السلام: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» (١).

وأما كون بيعه لغير من هو في ذمته لا يجوز؛ فلأنه غير قادر على تسليمه أشبه بيع الآبق.

قال: (وتجوز الإقالة في السلم، وتجوز في بعضه في إحدى الروايتين إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة، وإن انفسخ العقد بإقالة أو غيرها لم يجز أن يأخذ عن الثمن عوضا من غير جنسه).

أما كون الإقالة في السلم تجوز؛ فلأنها فسخ على الصحيح ورفع للعقد من أصله.

وأما كونها تجوز في البعض في رواية؛ فلأن الإقالة مندوب إليها. وكل مندوب إليه جاز في الجميع جاز في البعض كالإبراء.

وأما كونها لا تجوز فيه في رواية؛ فلأن السلم يقل فيه الثمن من أجل التأجيل فإذا فسخ في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن وبمنفعة الجزء الذي فسخ فيه فلم يجز كما لو شرطه في ابتداء العقد.

وقول المصنف رحمه الله: إذا قبض رأس مال السلم أو عوضه في مجلس الإقالة مشعر بأنه لا تجوز الإقالة في البعض إذا لم يوجد قبض أحد الأمرين وهو صحيح صرح به أصحابنا.

ووجهه: أنه إذا لم يقبض أحد الأمرين يصير ذلك القدر دينا على المسلم إليه وعليه بقدر السلم فيصير ذلك بمعنى البيع والسلف وهو منهي عنه.

وأما أخذ العوض عن ثمن ما انفسخ بإقالة أو غيرها من غير جنسه لا يجوز فلما تقدم من قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» (٢).

ولأن ما ذكر رأس مال السلم فلم يجز أخذ العوض عنه كالمسلم فيه.

---

(١) الممتع ٥٤٢/٢

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"أحدهما: لا يجوز لأن فيه نفعا في الجملة ولهذا قالوا: يجوز قرض مال اليتيم للمصلحة مثل: أن يقرضه في بلد ليوفيه في بلد آخر فيربح خطر الطريق.

والثاني: يجوز لأنه ليس بزيادة في قدر ولا صفة بل فيه مصلحة لهما فجاز كشرط الرهن.

وفصل المصنف في **المغني** فقال: إن كان المقرض يحمله مؤنة لم يجز لأنه زيادة، وإن لم يكن يحمله مؤنة جاز لأنه رفق بهما جميعا ومصلحة في حقهما من غير ضرر والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة منها.

قال: (وإن فعله بغير شرط أو قضاه خيرا منه أو أهدى له هدية بعد الوفاء جاز؛ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا فرد خيرا منه وقال: خيركم أحسنكم قضاء» (١). وإن فعله قبل الوفاء لم يجز إلا أن تكون العادة جارية بينهما به قبل القرض).

أما كون فعل المقترض ما فيه نفع وقضائه خيرا مما اقترض (٢) وهديته بعد الوفاء بغير شرط يجوز فلما ذكر المصنف رحمه الله من أن النبي صلى الله عليه وسلم رد خيرا ومدح فاعله.

وأما كون ذلك قبل الوفاء مع عدم العادة لا يجوز فلما روي «أن رجلا كان له على سماك عشرون درهما فجعل يهدي له السمك ويقومه حتى بلغ ثلاثة عشر درهما فسأل ابن عباس فقال: أعطه سبعة دراهم» (٣) رواه الأثرم.

وعن أنس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا أقرض أحدكم قرضا فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك» (٤) رواه ابن ماجة.

وأما كون ذلك مع العادة يجوز فلما تقدم من حديث أنس.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) في هـ: أقرض.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ٣٤٩ كتاب البيوع، باب كل قرض جر منفعة فهو ربا.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٣٢) ٢: ٨١٣ كتاب الصدقات، باب القرض. قال في الزوائد: في

---

(١) الممتع ٢/٥٤٣

إسناده عتبة بن حميد الضبي، ضعفه أحمد وأبوحاتم وذكره ابن حبان في الثقات، ويحيى بن أبي إسحاق لا يعرف حاله.." (١)

"ولأن مع العادة يكون سبب ذلك العادة لا القرض فلا يكون ذلك نفعا جره القرض.

فإن قيل: قول المصنف رحمه الله: بعد الوفاء بم يتعلق؟

قيل: يحتمل أن يتعلق بأهدى.

فعلى هذا يكون فعل ما يجر نفعا غير مقيد وذلك يقتضي أن المقترض لو أسكن المقرض داره بغير عوض جاز إذا كان بغير شرط سواء كان ذلك قبل الوفاء أو بعده لأن المقترض فعل ذلك من غير شرط أشبه ما لو لم يكن للمقرض عنده شيء، ويحتمل أن يتعلق ذلك بقوله: وإن فعله بغير شرط.

فعلى هذا لا يجوز أن يسكنه داره ونحو ذلك قبل الوفاء لأنه يصير القرض قرضا يجر نفعا ويجوز بعده لأنه حينئذ لا دين له عليه أشبه من لم يقترض منه بالكلية. وهذا الاحتمال موافق لما في **المغني والكافي** فإن المصنف صرح بالمنع فيما ذكر قبل الوفاء. والاحتمال الأول ظاهر كلام المصنف هنا ويوافق قول طائفة من الأصحاب.

قال صاحب الهداية فيها: ولا يجوز كل شرط يجر منفعة مثل: أن يقرضه على أن يسكنه داره أو يعطيه أجود مما أخذ أو يكتب له به سفتجة إلى بلد آخر فإن بدأه المقترض بفعل ذلك من غير شرط جاز. ويؤيد هذا الاحتمال أن بعد الوفاء إذا لم يختص بالهدية يجب أن يكون طرفا لما قبله من المسائل وذلك لا يصح في قوله: أو قضاه خيرا منه لأن القضاء يستحيل أن يكون بعد الوفاء لأن القضاء نفس الوفاء والشيء يستحيل أن يكون بعد نفسه.

فعلى هذا كل نفع يوجد بعد الوفاء يجوز لما تقدم وكل نفع يوجد قبله ينظر فيه فإن لم يكن بينهما عادة به: فعلى الاحتمال الأول وما نقله الأصحاب يجوز ما لم يكن هدية، وعلى الاحتمال الثاني وما نقله المصنف في **المغني والكافي** لا يجوز وهو أظهر دليلا من حيث الأثر والمعنى: أما الأثر فعموم قوله عليه السلام: «كل قرض جر منفعة حرام» (١)، ونهي الصحابة المتقدم ذكرهم عن قرض جر منفعة (٢).

---

(١) الممتع ٢/٥٥١

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) ر ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"وأما المعنى فهو أن الأصحاب اتفقوا على المنع من الهدية قبل الوفاء. ولا فرق بينها وبين سكنى الدار ونحو ذلك.

فإن قيل: لو وجد ذلك حالة الوفاء؟

قيل: ينظر فيه فإن كان النفع صفة في الوفاء مثل: أن يقضيه خيرا منه جاز لما تقدم. وإن كان زيادة في القضاء مثل: أن يقرضه درهما فيعطيه أكثر منه لم يجز لأنه ربا.

وقال المصنف في **المغني والكافي**: تجوز الزيادة في الصفة والقدر لما تقدم من الحديث وحكى أبو الخطاب من غير تقييد روايتين.

قال: (وإن أقرضه أثمانا فطالبه بها ببلد آخر لزمته، وإن أقرضه غيرها لم تلزمه. فإن طالبه بالقيمة لزمه أداؤها).

أما كون المقترض تلزمه الأثمان فيما ذكر؛ فلأنه أمكنه قضاء الحق من غير ضرر فلزمه كما لو طالبه في بلد القرض.

وأما كونه لا يلزمه غير الأثمان كالحنطة والشعير وغير ذلك مما لنقله مؤونة؛ فلأن عليه مؤونة في حمله (١).

وأما كونه يلزمه أداء القيمة؛ فلأنه إذا تعذر رد المثل تعينت القيمة.

---

(١) في هـ: تحمله.." [٢]

"قيل: هي أن يدفع إلى رجل ثوبا ويقول: رهنتك هذا على عشرة دراهم تقرضنيها غدا ثم يقرضه الدراهم المذكورة.

قال: (ويصح رهن كل عين يجوز بيعها إلا المكاتب إذا قلنا استدامة القبض شرط لم يجز رهنه).

أما كون رهن كل عين يجوز بيعها ما خلا المكاتب يصح؛ فلأن مقصود الرهن الاستيثاق ليتوصل إلى استيفاء الحق من ثمنه عند تعذر الوفاء من الراهن وهو حاصل في رهن كل عين يجوز بيعها.

وأما كون رهن المكاتب إذا قيل استدامة القبض شرط لا يصح؛ فلأن استدامة القبض تنافي عقد الكتابة

---

(١) الممتع ٥٥٢/٢

(٢) الممتع ٥٥٣/٢

لأن المكاتب يحتاج إلى التصرف والتنقل والتسبب في أداء كتابته.

وأما قول المصنف رحمه الله: إذا قلنا استدامة القبض شرط فمشعر بأن في الاستدامة خلافا وسيأتي ذكر ذلك مفصلا إن شاء الله تعالى.

قال: (ويجوز رهن ما يسرع إليه الفساد بدين مؤجل ويباع ويجعل ثمنه رهنا).

أما كون رهن ما يسرع إليه الفساد بدين كالعنب والرطب والبطيخ؛ فلأنه يجوز بيعه فيحصل مقصود الرهن.

وقول المصنف رحمه الله: بدين مؤجل ليس قيدا في المسألة بل ذكره تنبيها على أن التأجيل لا أثر له في منع صحة ذلك وذلك أنه ربما توهم أن عقد الرهن يقتضي بقاء المرهون إلى استحقاق الاستيفاء فإذا كان الدين مؤجلا أدت الصحة إلى مخالفة الاقتضاء المذكور وليس كذلك لأن بيع ما ذكر وجعل ثمنه مكانه يقوم مقام العين لأن الثمن بدل العين وبدل الشيء يقوم مقامه.

وأما كونه يباع؛ فلأن تركه يؤدي إلى تلفه وضياعه وذلك منهي عنه.

ولم يفرق المصنف رحمه الله بين ما يمكن تجفيفه كالعنب والرطب وبين ما لا يمكن تجفيفه كالبطيخ والطبيخ. وصرح في **المغني** بأن ما يمكن تجفيفه يجب على الراهن أن يجففه لأن ذلك من مؤونة حفظه وتبقيته فكان على الراهن كنفقة الحيوان وأن ما لا." [(١)]

"ولأن رهن المرتد وما يسرع إليه الفساد يجوز؛ فلأن يجوز هذا بطريق الأولى.

قال: (ولا يجوز رهن العبد المسلم لكافر إلا عند أبي الخطاب إذا شرطا كونه في يد مسلم).

أما كون رهن العبد المسلم لكافر مع عدم شرط كونه في يد مسلم لا يجوز؛ فلأن مقتضى الرهن أن يكون المرهون في يد المرتهن والمرتهن هاهنا ليس أهلا لذلك.

وأما كون رهنه مع شرط ذلك لا يجوز -قاله القاضي-؛ فلأن القبض واستدامته شرط والكافر لا يكون له يد على مسلم ولذلك أمر ببيع عبده إذا أسلم.

وأما كونه يجوز عند أبي الخطاب؛ فلأنه مال فجاز رهنه عند الكافر كسائر الأموال وما ذكر مندفع بالاشتراط المذكور.

قال: (ولا يلزم الرهن إلا بالقبض واستدامته شرط في اللزوم. فإن أخرجه المرتهن باختياره إلى الراهن زال لزومه. فإن رده إليه عاد اللزوم. ولو رهنه عصيرا فتخمر زال لزومه فإن تخلل عاد لزومه بحكم العقد السابق. وعنه: أن القبض واستدامته في المتعين ليس بشرط، فمتى امتنع الراهن من تقبيضه أجبر عليه).

---

(١)

أما كون رهن غير المتعين لا يلزم بغير القبض؛ فلأن الله قال: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٢٨٣]. وصفه بكونه مقبوضا.

ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض كالقرض.

ولأنه رهن لم يقبض فلم يلزم إقباضه (١) كما لو مات الراهن.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما وصرح به في **المغني** لعموم ما ذكر. وحكي في **المغني** أيضا عن بعض الأصحاب (٢) أنه قال: المكيل والموزون لا يلزم فيهما إلا بالقبض وفيما عداهما روايتان كالبيع. وهذا القياس ليس بصحيح لأنه يوهم أن البيع في غير المكيل والموزون لا يلزم في رواية ولا خلاف في لزومه لأن أحد المتبايعين لو أراد فسخه لم يملكه بخلاف الرهن وإنما الخلاف في ضمانه هل هو

---

(١) في هـ: اقتباضه.

(٢) في و: أصحابنا.." [(١)]

"الاستدامة عاد اللزوم مستندا إلى العقد المقتضي للصحة بخلاف ما إذا تخلل الخمر فإنه لما صار خمرا خرج عن اللزوم وعن الصحة إذ لا يصح رهن الخمر فارتفع موجب العقد، فإذا تخلل لم يجد اللزوم ما يستند إليه. وقد صرح المصنف رحمه الله ببطلان الرهن بصيرورته خمرا وبأن اللزوم يعود بتخلله، وأورد ما ذكر من الإشكال. وأجاب عنه: بأن العقد إذا وقع صحيحا ثم حدث بالمعقود معنى أخرجه من حكم العقد، ثم زال ذلك لا يمتنع (١) عود حكم العقد؛ كزوجة الكافر إذا أسلمت فإنه يحرم وطؤها ويخرج عن حكم العقد فإذا أسلم الزوج في العدة عاد حكم العقد. وفي هذا الجواب نظر فإن الزوج إذا أسلم بعد زوجته يحكم ببقاء النكاح لا بعوده. بناء على أن الفرقة تتوقف على انقضاء العدة على الصحيح من المذهب. وعلى رواية وقوع الفرقة باختلاف الدين لا يحكم بعود النكاح؛ لأنه انفسخ فكيف يعود بعد (٢) فسخه. ولقائل أن يقول في مسألة التحلل: إن الصحة تبقى مراعاة؛ كالكافرة إذا أسلمت. إلا أنه يناقض منصوص المصنف في **المغني** بالبطلان. ويجاب عنه: بأن مقتضى الدليل أن لا يثبت صحة شيء مع ما ينافيها خولف ذلك في إسلام أحد الزوجين؛ لأن جماعة من الصحابة أسلم الأزواج قبل النساء وبالعكس فأقرهم النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

---

(١) الممتع ٢/٥٥٩

قال: (وتصرف الراهن في الرهن لا يصح إلا العتق فإنه ينفذ ويؤخذ منه قيمته رهنا مكانه. وعنه: لا ينفذ عتق المعسر.

وقال القاضي: له تزويج الأمة ويمنع الزوج وطئها ومهرها رهن معها. والأول أصح).

أما كون تصرف الراهن في الرهن بغير العتق والتزويج كالبيع والهبة والإجارة والوقف والرهن لا يصح؛ فلأنه تصرف يبطل حق الوثيقة، وليس بمبني على السراية والتغليب فلم يصح كما لو فسخ عقد الرهن.

---

(١) في هـ: يمنع.

(٢) ساقط من هـ.." [(١)]

"وأما كون تصرف الموسر بالعتق ينفذ؛ فلأنه إعتاق من مالك جائز التصرف تام الملك فنفذ كعتق المستأجر.

ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق فنفذ فيها عتق المالك كالمبيع في يد البائع.

ولأن العتق مبني على السراية والتغليب وينفذ في ملك الغير؛ فلأن ينفذ في ملكه بطريق الأولى.

فعلى هذا يجب عليه قيمته لأنه أبطل حق المرتهن من الوثيقة فوجبت عليه قيمته كما لو أتلفه ويؤخذ منه فيجعل رهنا لأنها نائبة عن العين أو بدل عنها.

وأما كون تصرف المعسر بالعتق ينفذ على المذهب فلما ذكر في الموسر.

فعلى هذا تبقى القيمة (١) في ذمته كما إذا أتلف شيئا من مال غيره.

فإن قيل: فأي فائدة في بقاء القيمة في ذمته والدين ثابت فيها؟

قيل: فائدته أنه إذا أيسر قبل حلول الدين ملك المرتهن مطالبته بالقيمة ليكون رهنا.

وتعتبر القيمة حال الإعتاق لأنها حال الإتلاف.

وأما كونه لا ينفذ عتق المعسر على رواية؛ فلأن نفوذ عتقه يسقط الوثيقة وبدلها فلم ينفذ لما فيه من الإضرار بالمرتهن، وكما لو أعتق شركا له في عبد وهو معسر. وذكر أبو الخطاب هذه الرواية في الهداية احتمالا. وذكرها المصنف رحمه الله في **المغني** عن أبي الخطاب تخريجا.

وأما تصرفه في التزويج فقال القاضي وجماعة من أصحابنا: إذا زوج الأمة المرهونة صح؛ لأن محل عقد النكاح غير محل عقد الرهن بدليل صحة رهن الأمة المزوجة.

---

(١) الممتع ٢/٥٦١

ولأن الرهن لا يزيل الملك فلم يمنع التزويج كالإجارة.

فعلى هذا يكون المهر رهنا معها لأنه من نماء الرهن فكان رهنا لما يأتي إن شاء الله تعالى. ويمنع الزوج وطئها لئلا تحبل فتنقص قيمتها وربما تلفت بسبب الحمل. واختار أبو الخطاب أن التزويج لا يصح لأنه تصرف ينقص قيمتها ويشغل بعض منافعها فلم

---

(١) في و: قيمته.." (١)

"قال: (ولا ينفك شيء من الرهن حتى يقضي جميع الدين. وإن رهنه عند رجلين فوفى أحدهما انفك في نصيبه. وإن رهنه رجلان شيئا فوفاه أحدهما انفك في نصيبه).

أما كون الرهن لا ينفك شيء منه حتى يقضي جميع الدين؛ فلأنه عين تعلق به حق فلا ينفك من الرهن بحساب ما قضى كالمكاتب لا يعتق بعضه إذا أدى بعض المكاتبة.

ولأن الأعيان تزيد قيمتها وتنقص باختلاف الأسعار ورغبة الطلاب فلو خرج من الرهن شيء بقدر ما قضي لم يؤمن أن الباقي لا يفي ببقية الحق لنقصان سعره.

وأما كونه ينفك في نصيب من وفى إذا كان الرهن عند رجلين فوفى أحدهما؛ فلأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين فكأنه رهن كل واحد منهما النصف منفردا.

وقال أبو الخطاب في الهداية: يكون ذلك رهنا عند الآخر حتى يوفيه نظرا إلى أن العقد واحد.

وقال المصنف في **المغني**: كلام أحمد وأبي الخطاب -يعني في ذلك- محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن لما عليه فيه من الضرر لا بمعنى أن العين كلها تكون رهنا إذ لا يجوز أن يقال: رهنه نصف العبد فصار جميعه رهنا.

وأما كون ينفك في نصيب من وفى إذا كان الراهن رجلين فوفى أحدهما؛ فلأن الراهن متعدد فتعلق ما على هذا بنصيبه وما على هذا بنصيبه لأن الرهن لا يتعلق بملك الغير إلا إذا كان مأذونا في رهنه ولم يوجد ذلك.

قال: (وإذا حل الدين وامتنع الراهن من وفائه فإن كان الراهن أذن للمرتهن أو للعدل في بيعه باعه ووفى الدين وإلا رفع الأمر إلى الحاكم فيجبره على وفاء الدين أو بيع الرهن فإن لم يفعل باعه الحاكم وقضى دينه).

أما كون المرتهن أو العدل يبيع الرهن إذا حل الدين وامتنع الراهن من وفائه وكان الراهن قد أذن في بيعه؛

---

(١) الممتع ٢/٥٦٢

فلأنه مأذون له في ذلك.

وأما كونه يوفي الدين؛ فلأن ذلك هو المقصود من البيع.

وأما كونه يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الوفاء أو بيع الرهن إذا لم يكن الراهن أذن في بيعه؛ فلأن شأن الحاكم ذلك.." (١)

"وظاهركلام المصنف أن الحاكم لا يبيع الرهن بنفسه هنا لأنه قال: يجبره على الوفاء أو بيع الرهن.

وقال في **المغني**: إن رأى حبسه وتعزيره فعل وإن رأى بيعه بنفسه أو بأمينه فعل.

وأما كون الحاكم يبيع ذلك إذا امتنع الراهن من كل واحد من الأمرين؛ فلأن ذلك تعين طريقا إلى أداء الحق الواجب أداؤه.

وأما كونه يقضي دينه؛ فلما تقدم.." (٢)

"فصل

قال المصنف رحمه الله: (وإذا شرط في الرهن جعله على يد عدل صح، وقام قبضه مقام قبض المرتهن. وإن شرط جعله في يد اثنين لم يكن لأحدهما الانفراد بحفظه).

أما كون شرط جعل الرهن على يد عدل يصح؛ فلأنه قبض في عقد فجاز التوكيل فيه كقبض الموهوب.

وأما كون قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن؛ فلأنه وكيله، وقبض الوكيل يقوم مقام قبض الموكل.

وأما كون أحد الاثنين لا يكون له الانفراد بحفظ الرهن إذا شرط جعله في يد اثنين؛ فلأن الراهن لم يرض إلا بحفظهما فلم يجز لأحدهما الانفراد بحفظه كالوصيين.

قال: (وليس للراهن ولا المرتهن إذا لم يتفقا ولا للحاكم نقله عن يد العدل إلا أن تتغير حاله وله رده عليهما ولا يملك رده إلى أحدهما فإن فعل فعليه رده إلى يده فإن لم يفعل ضمن حق الآخر).

أما كون كل واحد من الراهن والمرتهن ليس له نقل الرهن عن يد العدل إذا لم تتغير حاله؛ فلأنهما رضيا به ابتداء.

وقول المصنف رحمه الله: إذا لم يتفقا مشعر بأنه مع الاتفاق منهما يجوز نقله. وصرح به في **المغني**؛ لأن الحق لهما لا يعدوهما.

وأما كون الحاكم ليس له ذلك؛ فلأن الراهن إذا لم يملك ذلك وهو صاحب الحق؛ فلأن لا يملكه الحاكم

---

(١) الممتع ٢/٥٦٥

(٢) الممتع ٢/٥٦٦

بطريق الأولى.

وأما كون كل واحد من الراهن والمرتهن له نقل الرهن عن يد العدل إذا تغيرت حاله بفسق أو ضعف عن الحفظ أو عداوة ونحو ذلك؛ فلأن في مقامه في يده ضررا على الطالب.." (١)

"فعلى هذا إن اتفقا على شخص يضعانه عنده جاز لأن الحق لهما وإن اختلفا وضعه الحاكم عند عدل لأن الحاكم شأنه قطع التنازع وذلك طريق إليه.

وأما كون العدل له رده على الراهن والمرتهن؛ فلأنه أمين متطوع بالحفظ فكان له رده كسائر الأمانات.

وأما كونه لا يملك رده إلى أحدهما؛ فلأن للآخر حظا في إمساكه في يده. وفي رده إلى أحدهما تضييع له.

وأما كون العدل عليه أن يرده إلى يده؛ فلأن في ذلك عودا للحق إلى مستحقه.

وأما كونه يضمن حق الآخر إذا لم يفعل الرد؛ فلأنه فوت عليه ما استحقه بعقد الرهن أشبه ما لو أتلفه.

قال: (وإن أذنا له في البيع لم يبع إلا بنقد البلد. فإن كان فيه نقود باع بجنس الدين فإن لم يكن فيها جنس الدين باع بما يرى أنه أصلح).

أما كون العدل ليس له أن يبيع إلا بنقد البلد إذا أذن له في البيع من غير تعيين؛ فلأن الحظ في ذلك للرواج فيه.

وأما كونه يبيعه بجنس الدين إذا كان في البلد نقود؛ فلأنه أقرب إلى وفاء الحق.

وأما كونه يبيعه بما يرى أنه أصلح إذا لم يكن في النقود جنس الدين؛ فلأن عليه الاحتياط فيما هو متوليه أشبه الحاكم. واعلم أن المصنف قال في **المغني**: إذا تعددت (١) النقود باع بأغلبها لأنه راجح على غيره. فيجب حمل كلامه هنا على ما إذا كانت النقود متساوية جمعا بين نقليه (٢) في كتابيه.

وقال في **المغني** أيضا بدل قوله: باع بما يرى أنه أصلح عين له الحاكم ما يبيعه به. وهو أولى لأنه أعرف بالأحظ وأبعد من التهمة. قال: (وإن قبض الثمن فتلف في يده فهو من ضمان الراهن. وإن استحق المبيع رجع المشتري على الراهن. وإن ادعى دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولم يكن قضاه ببينة

---

(١) الممتع ٢/٥٦٧

(١) في هـ: تعدد.

(٢) في و: نقله.." [1]

"ضمن. وعنه: لا يضمن إلا أن يكون أمر بالإشهاد فلم يفعل. وهكذا الحكم في الوكيل).

أما كون الثمن التالف في يد العدل من ضمان الراهن؛ فلأنه وكيله في البيع والثمن ملكه وهو أمين له في قبضه أشبه سائر الأمانات.

وأما كون المشتري يرجع على الراهن إذا استحق المبيع؛ فلأن المبيع له فالرجوع بالعهدة عليه كما لو باع بنفسه. واشترط المصنف رحمه الله في **المغني** في الرجوع على الراهن دون العدل أن (١) يكون العدل قد أعلم المشتري أنه وكيل؛ لأنه إذا لم يعلم كان هو البائع ظاهرا فإذا ادعى بعد ذلك أنه وكيل لم يقبل لمخالفته الظاهر وللتهمة.

وأما إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن فأنكر ولا بينة للعدل عليه فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون أمره بالإشهاد فيضمن لتفريطه ومخالفة أمر موكله.

وثانيهما: أن يطلق ولم يأمره بإشهاد ولا غيره وفيه روايتان:

إحداهما: يضمن؛ لأنه فرط حيث لم يشهد.

ولأنه إنما أذن لہ في قضاء مبر ولم يحصل.

والثانية: لا يضمن؛ لأنه أمينه.

وقيد المصنف رحمه الله رواية الضمان بعدم البينة بينهما.

على أن القضاء إذا كان ببينة لا يضمن لعدم التفريط. ولا فرق في عدم الضمان بين أن تكون البينة قائمة أو ميتة أو غائبة لما ذكر. ولا بد أيضا من قيد ثان وهو: أن لا يكون قضاؤه بحضرة الموكل صرح بذلك جماعة من أصحابنا؛ لأنه لا يعد مفرطا. واشترط في رواية عدم الضمان: أن لا يكون الموكل أمره بالإشهاد. فلم يفعل يضمن قولا واحدا؛ لما تقدم من أنه يعد مخالفا مفرطا.

وأما كون حكم الوكيل حكم العدل فيما ذكر؛ فلأنه في معناه.

---

(١) في هـ: قد.." [2]

---

[1] الممتع ٥٦٨/٢

[2] الممتع ٥٦٩/٢

"قال: (وإن شرط أن يبيعه المرتهن أو العدل صح. فإن عزلهما صح عزله. وإن شرط أن لا يبيعه عند الحلول أو إن جاءه بحقه وإلا فالرهن له لم يصح الشرط. وفي صحة الرهن روايتان).

أما كونه إذا شرط أن يبيع المرتهن أو العدل الرهن يصح؛ فلأن كل واحد منهما أهل للوكالة أشبه الأجنبي. ولأن ما صح توكيل غيرهما فيه صح توكيلهما فيه كبيع عين أخرى.

وأما كونه يصح عزلهما؛ فلأن الوكالة عقد جائز فلم يلزم المقام عليها كسائر الوكالات.

وقال المصنف في **المغني**: قال ابن أبي موسى: يتوجه أن لا يصح؛ لأن الوكالة هنا صارت من حقوق الرهن.

والأول المنصوص؛ لما ذكر. وكونها من حقوق الرهن لا يمنع جوازه كما لو شرطا الرهن في البيع فإنه لا يصير لازما؛ كما لو مات الراهن بعد الإذن فإنه تنفسخ الوكالة.

وأما كونه إذا شرط أن لا يبيعه عند الحلول لا يصح؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى عقد الرهن.

وأما كونه إذا شرط إن جاءه بحقه وإلا فالرهن له لا يصح فلقول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يغلق الرهن» (١).

قال الأثرم: قلت لأحمد: ما معنى قوله: لا يغلق الرهن؟ قال: لا يدفع رهنا إلى رجل ويقول: إن جئتك بالدراهم إلى كذا وإلا فالرهن لك.

وروي «أن رجلا رهن دارا بالمدينة إلى شيء مسمى. فمضى الأجل. فقال الذي ارتهن: منزلي فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لا يغلق الرهن» رواه الأثرم.

ولأنه علق البيع على شرط لأنه جعله مبيعا بشرط أن لا يوفيه الحق في محله والبيع المعلق بشرط لا يصح.

وأما كون الرهن صحيحا ففيه روايتان مبنيتان على الروايتين في البيع.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: قال القاضي: يحتمل فساد الرهن بالشرط الفاسد بكل حال لأن العاقد إنما بذل ملكه بهذا الشرط فإذا لم يسلم له أفضى إلى أخذ ماله بغير رضاه. والقياس يقتضي ذلك في البيع لكن ترك فيه للأثر (١) فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس.

ولأنه شرط فاسد فأفسد عقد الرهن كما لو وقته. ونصر أبو الخطاب في رؤوس المسائل صحته استدلالا

---

(١) الممتع ٢/٥٧٠

بقوله عليه السلام: «لا يغلق الرهن» (٢). وهو مشروط فيه شرط فاسد ولم يحكم بفساده. [وقيل: ما ينقص بفساده] (٣) حق المرتهن (٤) يبطله وجها واحدا، وما لا ينقص به فعلى وجهين.

---

(١) في و: الأثر.

(٢) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٣) ساقط من هـ.

(٤) في هـ: الرهن.." [(١)]

"قيل: نعم؛ لأنه في مقابلة جناية ملك الراهن وذلك لازم له، ولهذا تعلق برقبة ملكه. ذكره ابن عقيل.

وقال صاحب النهاية فيها بعد ذكر قول ابن عقيل: يحتمل أن لا يصير رهنا بالفداء بل يكون دينا بغير رهن؛ لأن الزيادة في دين الرهن لا يجوز.

قال: (وإن جنى عليه جناية موجبة للقصاص فلسيده القصاص، فإن اقتص فعليه قيمة أقلهما قيمة تجعل مكانه، وكذلك إن جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته) (١).

أما كون السيد له القصاص؛ فلأن حاجته داعية إلى ذلك صيانة لماله وزجرا لتعدي الغير عليه.

وقال أبو الخطاب في الهداية: ليس له القصاص بغير رضا المرتهن لما فيه من إسقاط حقه من الوثيقة ويندفع ذلك بإيجاب القيمة تجعل رهنا؛ لأن فيه تعويضا عن العين فلم يسقط حقه.

وأما كون القيمة عليه إذا اقتص؛ فلأنه أتلف مالا استحق بسبب إتلاف الرهن. فغرم قيمته؛ كما لو كانت الجناية موجبة للمال.

وأما كون القيمة أقل القيمتين ومعناه أن الرهن لو كان يساوي عشرة والجاني خمسة أو بالعكس لم يكن عليه إلا الخمسة؛ فلأن في الأولى لم يفوت على المرتهن إلا ذلك القدر، وفي الثانية لم يكن حق المرتهن متعلقا إلا بذلك القدر.

وقال المصنف في **المغني**: إن اقتص أخذت منه قيمته فجعلت مكانه رهنا. وظاهره أنه يجب على الراهن جميع قيمة الجاني وهو متجه؛ لأنه بدل عن الرهن فكان كله رهنا.

وأما كون القيمة تجعل مكانه؛ فلأن ذلك بدل الرهن وعوض عنه.

وأما كون الحكم إذا جنى على سيده فاقتص منه هو أو ورثته كالحكم إذا جنى عليه أجنبي فاقتص الراهن

---

(١) الممتع ٥٧١/٢

منه؛ فلأنهما مستويان معنى فوجب أن يستويا حكما.

---

(١) في هـ: هو وورثته.." (١)

"وقال المصنف في **المغني**: قال القاضي: يعتبر معرفتهما: أما المضمون له فلما يأتي، وأما المضمون عنه فليعلم هل هو أهل لاصطناع المعروف إليه أم لا.

ولأنه تبرع فلا بد من معرفة من يتبرع عنه.

وفيه وجه ثالث أنه يعتبر معرفة المضمون له ليؤدى إليه ولا يعتبر معرفة المضمون عنه؛ لأنه لا معاملة بينه وبينه.

والأول أولى لحديث أبي قتادة (١) فإنه ضمن لمن لم يعرفه وعمن لم يعرفه.

وأما كونه لا يعتبر كون الحق معلوما؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ [يوسف: ٧٢] ضمن القائل حمل بعير وهو غير معلوم لأنه يختلف.

ولعموم قوله عليه السلام: «الزعيم غارم» (٢).

ولأنه التزام حق في الذمة من غير معارضة فصح في المجهول كالإقرار.

ولأنه يصح تعليقه بغرر وخطر وهو ضمان العهدة، وإذا قال: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه فصح في المجهول كالعتاق والطلاق.

وأما كونه لا يعتبر كونه واجبا؛ فل أن الآية دلت على ضمان حمل بعير مع أنه لم يكن وجب.

فإن قيل: الضمان ضم ذمة إلى ذمة فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم ولا يكون ثم ضمان.

قيل: قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في كونه يلزمه ما يلزمه وما يحدث في ذمة مضمونه يحدث في ذمته مثله وهذا كاف.

واشترط المصنف رحمه الله في عدم اعتبار كونه واجبا كون مآله إلى الوجوب لأن ما ليس بواجب ولا مآله إلى الوجوب لا يوجد فيه ضم ذمة إلى ذمة لا حالا ولا مآلا. ثم مثل غير المعلوم وغير الواجب ولكن مآله إلى الوجوب بقوله: ضمنت لك ما على فلان أو ما تداينه به.

---

(١) الممتع ٢/٥٧٨

(١) سبق ذكره ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"قال: (ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها إلا أن يضمن التعدي فيها، وأما الأعيان المضمونة كالغصوب والعواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها).

أما كون ضمان الأمانات كالوديعة والشركة والمضاربة والمدفوع إلى الخياط والقصار لا يصح؛ فلأنها غير مضمونة على المضمون عنه. فكذلك على الضامن.

وأما كون ضمان التعدي فيها يصح؛ فلأنها مضمونة على من هي في يده في ذلك أشبهت المغصوب.

وأما كون ضمان الأعيان المضمونة المتقدم ذكرها يصح؛ فلأنها مضمونة على من هي في يده فهي كالحقوق الثابتة في الذمة.

قال: (وإن قضى الضامن الدين متبرعا لم يرجع بشيء، وإن نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير إذن المضمون عنه فهل يرجع؟ على روايتين. وإن أذن في أحدهما فله الرجوع بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين).

أما كون الضامن لا يرجع بشيء إذا قضى الدين متبرعا؛ فلأنه تبرع به أشبه ما لو وهبه إياه ثم قضاه عنه.

وأما إذا قضى ناويا للرجوع فله أربعة أحوال:

أحدها: أن يضمن ويقضي بغير إذن المضمون عنه وفيها روايتان:

أحدهما: أنه يرجع لأنه قضاء مبرء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه.

والثانية: لا يرجع لأن الضامن بغير إذن لو استحق الرجوع لاستحق أبو قتادة الرجوع على الميت ولو استحق ذلك لصار دينا له عليه ولو صار دينا له عليه لامتنعت الصلاة.

ولأنه فعل غير مأذون فيه فلم يستحق الرجوع فيه كما لو علف داوبه وأطعم عبيده بغير إذنه.

وأجاب المصنف رحمه الله في **المغني** عن عدم استحقاق أبي قتادة بأنه قضى متبرعا بدليل أنه علم أنه لا وفاء له فلا يحتج به على من قضى معتقدا للرجوع لما بينهما من الفرق.." [٢]

---

(١) الممتع ٢/٥٨٤

(٢) الممتع ٢/٥٨٧

"وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: قال القاضي: ولا تصح الكفالة ببعض البدن بحال؛ لأن ما لا يسري لا يصح إذا خص به عضو كالبيع والإجارة.

وظاهر قول القاضي: أنه لا تصح الكفالة بالجزء الشائع ولا بالعضو؛ لأنه قال: لا تصح ببعض البدن، وما ذكره من التعليل لا يدل على عدم الصحة في الجزء الشائع؛ لأن بيع ذلك وإجارته جائزة. ولم يفرق المصنف رحمه الله في العضو بين كونه مما لا يبقى البدن بدونه؛ كالرأس والكبد، ولا بين كونه يبقى؛ كاليد والرجل.

وذكر في **الكافي**: إذا تكفل بوجهه صح، ولم يحك فيه خلافا. وهو الظاهر الذي ينبغي حمل كلامه هاهنا عليه؛ لأن الوجه يكنى به عن الكل فصح كما لو تكفل ببدنه.

وحكى في **الكافي** أيضا وجها ثالثا في الفرق بين ما لا يبقى البدن بدونه؛ كالرأس، وبين ما يبقى؛ كاليد وشبهها.

قال: (ولا تصح إلا برضا الكفيل. وفي رضا المكفول به وجهان).

أما كون الكفالة لا تصح إلا برضا الكفيل؛ فلأنه لا يلزمه الحق ابتداء إلا برضاه.

وأما كونها لا تصح إلا برضا المكفول به في وجه؛ فلأن مقصودها إحضاره فإذا تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه.

وأما كونها تصح بدونه في وجه؛ فبالقياس على الضمان.

والأولى أولى؛ لما ذكر. وبه يظهر الفرق بين الكفالة وبين الضمان؛ لأن مقتضى الكفالة إحضار المكفول به فإذا كان بغير إذنه لم يلزمه الحضور فلا يحصل مقصود الكفالة. والضمان تمكين الضامن أن يقضي الدين ولا يحتاج إلى المضمون عنه.

قال: (ومتى أحضر المكفول به وسلمه برئ إلا أن يحضره قبل الأجل وفي قبضه ضرر).

أما كون الكفيل إذا أحضر المكفول به وسلمه إلى المكفول له عند الأجل أو بعده يبرأ؛ فلأن المسلم فيه لو أحضره المسلم إليه عند الأجل أو بعده لزم قبوله فكذا هاهنا؛ لأنه في معناه.." [1]

"باب الحوالة

الحوالة: ثابتة بالسنة والإجماع: أما السنة؛ فما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» (١) متفق عليه.

وفي لفظ: «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» (٢).

---

(١) الممتع ٢/٥٩٤

وأما الإجماع؛ فأجمع المسلمون في الجملة على جواز الحوالة.

واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة. وقيل: هي بيع جاز تأخير القبض فيه رخصة.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: الصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره. بدليل: أنها لو كانت بيعا لكانت بيع دين بدين وهو غير جائز، ولما جاز التفرق قبل القبض؛ لأنه بيع ما فيه الربا بجنسه، ولجازت بلفظ البيع، ولجازت بين جنسين كالبيع.

فعلى هذا لا يدخلها خيار. وهو أشبه بكلام الإمام أحمد وأصوله.

ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه.

قال المصنف رحمه الله: (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، فلا يملك المحتال الرجوع عليه بحال).

أما كون الحوالة تنقل الحق؛ فلما تقدم من أنها مشتقة من التحويل.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٦٦) ٢: ٧٩٩ كتاب الحوالات، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٤) ٣: ١١٩٧ كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة ...

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٩٩٧٤) ٢: ٤٦٣.." [١]

"وأما كون المحتال لا يملك الرجوع على المحيل؛ فلأن الحق انتقل فلا يعود بعد انتقاله.

قال: (ولا تصح إلا بشروط ثلاثة:

أحدها: أن يحيل على دين مستقر، فإن أحال على مال الكتابة، أو السلم، أو الصداق قبل الدخول لم يصح، وإن أحال المكاتب سيده، أو الزوج امرأته صح).

أما كون الحوالة لا تصح إلا بشروط ثلاثة؛ فلما يذكر في مواضعها.

وأما كون أحدها: أن يحيل على دين مستقر؛ فلأن ما ليس بمستقر بعرضية السقوط، والحوالة إلزام المحال عليه الدين مطلقا فلا يصح فيما هو بعرضية السقوط.

وفي ذكر المصنف رحمه الله استقرار الدين المحال عليه دون استقرار المحال به دليل على أنه لا يشترط

---

(١) الممتع ٢/٥٩٨

استقراره. وصرح به في **الكافي** وغيره. وعلله بأنه يجوز أداء غير المستقر.

وقال أبو الخطاب في الهداية: يشترط استقراره أيضا قياسا على المحال عليه.

وأما كون من أحال على مال الكتابة لا يصح؛ فلأنه غير مستقر بدليل: أن له أن يمتنع من أدائه.

وأما كون من أحال على السلم لا يصح؛ فلأنه أيضا غير مستقر؛ لأنه بعرضية الفسخ بالانقطاع، وقد قال عليه السلام: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره» (١).

ولأن الحوالة لا تصح إلا فيما لا يجوز أخذ العوض عنه، والسلم ليس كذلك.

وأما كون من أحال على الصداق قبل الدخول لا يصح؛ فلأنه غير مستقر بدليل سقوطه بالردة، وسقوط نصفه بالطلاق.

وأما كون المكاتب إذا أحال سيده أو الزوج امرأته يصح؛ فلأن أقصى ما في ذلك أنه دين غير مستقر. وقد تقدم أنه لا يشترط استقرار المحال به على ظاهر قول المصنف

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"والمراد بالمليء: القادر على الوفاء؛ لأنه جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إن الله تعالى يقول: من يقرض المليء غير المعدم».

وقال الشاعر:

تطيلين ليابي وأنت مليئة ... وأحسن يا ذات الوشاح التقاضيا

يعني بالمليئة القادرة على الوفاء.

وأما كون المحتال يرجع على المحيل إذا ظن ملاءة المحال عليه فظهر مفلسا ولم يكن رضي بالحوالة؛ فلأن الفلس عيب ولم يرض به فاستحق الرجوع كما لو اشترى سلعة فظهرت معيبة ولم يرض بالعيب.

وأما كونه إذا رضي بالحوالة لا يرجع على المذهب؛ فلأنه إذا رضي بذلك زال شغل الذمة فلا يعود بعد زواله.

وأما كونه يحتمل أن يرجع؛ فلأنه لم يرض. أشبه ما تقدم.

وذكر المصنف رحمه الله في **المغني** ما تقدم احتمالين، وذكر في **الكافي** هذين الاحتمالين روايتين.

وفي قول المصنف رحمه الله: وإن ظنه مليئا إشعار بأن المحتال إذا رضي بالحوالة مع علمه بفلس المحال

---

(١) الممتع ٢/٥٩٩

عليه لا يرجع قول ا واحدا وهو صحيح؛ لأنه لو رضي بعيب المبيع لم يرجع قولا واحدا فكذا هاهنا.

قال: (وإذا أحال المشترى البائع بالثمن، أو أحال البائع عليه به فبان البيع باطلا (١) فالحوالة باطلة. وإن فسخ البيع بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة. وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى. وللمشتري أن يحيل المحتال عليه على البائع في الثانية، ويحتمل أن يبطل إن لم يكن قبضها).

أما كون الحوالة باطلة إذا بان البيع مثل أن يكون المبيع عبدا فيظهر حرا أو مستحقا؛ فلأنه تبين ببطلان البيع أن لا ثمن، والحوالة فرع على الثمن، فإذا بطل الأصل بطل الفرع.

---

(١) في هـ: باطل.." [١]

"وأما كون الصلح عن البيت على أن يسكنه سنة أو يبني له فوقه غرفة لا يصح؛ فلأنه صالحه عن ملكه بملكه.

قال: (وإن قال: أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صح الإقرار، ولم يصح الصلح).

أما كون الإقرار فيما ذكر يصح؛ فلأنه إقرار بحق يحرم عليه إنكاره.

وأما كون الصلح لا يصح؛ فلأنه يجب عليه الإقرار بالحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه.

قال: (وإن صالح إنسانا ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجية (١) لم يصح. وإن دفع المدعى عليه العبودية إلى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح).

أما كون من صالح إنسانا ليقر له بالعبودية أو امرأة لتقر له بالزوجية لا يصح؛ فلأن ذلك صلح يحل حراما؛ لأن إرقاق الحر وبذل المرأة نفسها بعوض لا يجوز.

وأما كون المدعى عليه العبودية إذا دفع إلى المدعي مالا صلحا عن دعواه يصح: أما في حق الآخذ؛ فلأنه يجوز أن يعتق عبده بعوض. وأما في حق الدافع؛ فلأنه يقطع الخصومة المتوجهة عليه.

وزاد المصنف رحمه الله في المغني على ذلك بأن قال: ويدفع اليمين الواجبة عليه. وفي تخصيص المصنف رحمه الله جواز الدفع في العبودية دليل على أن المرأة المدعى عليها الزوجية لا يجوز أن تدفع شيئا إلى المدعي على وجه الصلح. وقد صرح به في المغني وعلله بأن الدفع في الإنكار لا يفيد اليمين وقطع الخصومة، ولا يمين عليها.

---

(١) الممتع ٢/٦٠١

ولأن خروج البعض من ملك الزوج لا قيمة له وإنما أجيز الخلع لأجل الحاجة إلى افتداء نفسها.
ثم قال: وخرج ابن عقيل جوازه بناء على مشروعية اليمين في حقها على رواية، وعلى أن العوض يصح أخذه عن البضع في جانب الزوج خلعا وفي جانب المرأة نكاحا. وصرح في **الكافي** بجواز ذلك وقدمه على المنع وعلله بأنها تدفع شره عن نفسها. وهذا

---

(١) في هـ: الزوجية.." [1]

"ظاهر كلام أبي الخطاب في الهداية؛ لأنه ذكر المسألتين ثم قال: فإن دفع إليه المدعى عليه مائة صلحا عن دعواه صح الصلح. وما ذكره المصنف رحمه الله في **المغني** مانعا من الصحة في الزوجية موجود بعينه في العبودية؛ لأن المدعى عليه العبودية لا يستحلف كما لا يستحلف المدعى عليها الزوجية. وتحرير الصحة في الموضعين مع أنه لا يستحلف فيهما على الصحيح أن في (١) الصلح قطعا للخصومة والمقاولة ودفعا للشر وذلك مطلوب والصلح طريق إليه. فجاز تحصيلا لما هو مطلوب.
قال: (النوع الثاني: أن يصالح عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة، فإن كان بأثمان عن أثمان فهو صرف، وإن كان بغير الأثمان فهو بيع، وإن كان بمنفعة كسكنى دار فهو إجارة تبطل بتلف الدار كسائر الإجارات).
أما كون النوع الثاني: أن يصالح عن الحق بغير جنسه؛ فلأنه يلي الأول.
وأما كونه معاوضة؛ فلأنه بدل مال في مقابلة مال وذلك شأن المعاوضة.
وأما كونه صرفا إذا كان بأثمان (٢) عن أثمان؛ فلأن الصرف بيع أحد الثمنين بالآخر، وهو موجود هنا.
فعلى هذا يشترط له ما يشترط في الصرف من القبض في المجلس ونحوه.
وأما كونه بيعا إذا كان بغير الأثمان؛ فلأن البيع مبادلة المال بالمال وأنه موجود هنا.
فعلى هذا يشترط فيه ما يشترط في البيع من العلم به ونحوه.
وأما كونه إجارة إذا كان بمنفعة كسكنى دار؛ فلأن الإجارة بيع المنفعة وهو موجود هنا.
فعلى هذا يثبت فيها أحكام الإجارة من البطلان بتلف الدار ونحوه.

---

(١) الممتع ٢/٦٠٨

(١) في هـ: في أن.

(٢) في هـ: أثمان.." [(١)]

"وأما كون صلحه إذا اعترف له بذلك عالما بعجزه عن استنقاذه لا يصح؛ فلأنه اشترى ما لا يقدر على تسليمه.

وأما كونه يصح إذا اعترف له بصحة دعواه وظن القدرة على الاستنقاذ؛ فلأنه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه. ولم يفرق بين المصنف رحمه الله بين أن يكون المصالح عنه عينا أو دينا. وفرق بينهما في **المغني** فصححه في العين، وقال في الدين: لا يصح؛ لأنه اشترى ما لا يقدر على قبضه. ثم قال: ومن أصحابنا من قال: يصح. وليس بشيء؛ لأن بيع الدين في ذمة المقر لا يصح فبيع دين في ذمة من ينكره، ولا يقدر مشتريه على قبضه أولى.

وأما كونه إذا عجز عن ذلك يخير بين الفسخ والإمضاء؛ فلأنه إذا فات بعض المعقود عليه يكون له الخيرة دليله الرد بالعيب؛ فلأن تكون له الخيرة إذا فات كل المعقود عليه بطريق الأولى.." [(٢)]

"وأما كون بيع علو بيت يبني عليه بنيانا موصوفا يجوز؛ فلأنه ملك البائع فجاز بيعه كالأرض. واشترط المصنف رحمه الله في صحة ذلك كون البنيان موصوفا ليكون معلوما.

وأما كون بيع ذلك لا يجوز إذا كان البيت غير مبني في وجه؛ فلأن المبيع العلو ولا وجود له قبل وجود السفل فوجب أن لا يجوز بيعه كالمعدوم.

وأما كونه يجوز في وجه؛ فلأنه موصوف أشبه ما إذا كان السفل مبنيا. واشترط المصنف رحمه الله في الجواز وصف السفل والعلو؛ لأن المبيع لا يكون معلوما إلا بذلك.

قال: (وإن حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بإزالتها لزمه ذلك، فإن أبى فله قطعها، فإن صالحه عن ذلك بعوض لم يجز. وإن اتفقا على أن الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم).

أما كون إزالة أغصان الشجرة الحاصلة في هواء الجار يلزم مالكها مع طلب الجار؛ فلأن الهواء ملك لصاحب القرار، فإذا طلب إخلاء ملكه لزمه إخلاؤه؛ كما لو دخلت دابة إلى داره فطالب مالكها بإخراجها.

وأما كون مالك الهواء له قطعها إذا أبى مالكها من إزالتها؛ فلأن في ذلك إخلاء ملكه الواجب إخلاؤه.

وأما كون الصلح عن ذلك بعوض لا يجوز؛ فلأن ذلك يزيد وينقص. وحكى المصنف رحمه الله ذلك في

---

(١) الممتع ٢/٦٠٩

(٢) الممتع ٢/٦١٤

المغني عن أبي الخطاب.

وحكى عن القاضي: إن كانت الأغصان رطبة لم يجز الصلح عنها؛ لأنها تزيد في كل وقت.

وحكى عن ابن حامد: أنه يجوز في الرطب واليابس؛ لأن الجهالة في المصالح عنه لا يمنع الجواز لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فإنه يفتقر إلى العلم به لوجوب التسليم.." [1]

"واشترط القاضي أن يكون الغصن معتمدا على نفس الحائط ومنع منه إذا كان على نفس الهواء؛ [لأنه بيع للهواء] (١) المجرد. وأيد المصنف رحمه الله الجواز في **المغني** مطلقا بأن قال: ومن مذهبنا جواز بيع الهواء. والزيادة التي تتجدد في الغصن يحتمل أن يعفى عنها؛ كالسمن الحادث في المستأجر للركوب.

وأما كون الاتفاق على أن الثمرة لمالك الهواء أو بينهما يجوز؛ فلأن هذا يكثر في الأملاك المتجاورة، وفي القطع إتلاف وإضرار فدعت الحاجة إلى الصلح بالثمرة أو بعضها؛ لأنه أسهل.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: سئل الإمام أحمد عن ذلك فقال: لا أدري. ثم قال: يحتمل أن يصح؛ لما ذكر، ويحتمل أن لا يصح؛ لأن العوض مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض.

وأما كون ذلك لا يلزم؛ فلأنه لو لزم لأدى إلى ضرر مالك الشجر لتأبد استحقاق الثمرة عليه، أو إلى ضرر مالك الهواء لتأبد بقاء الأغصان في ملكه.

قال: (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحا ولا ساباطا ولا دكانا، ولا أن يفعل ذلك في ملك إنسان، ولا درب غير نافذ إلا بإذن أهله. وإن صالح عن ذلك بعوض جاز في أحد الوجهين).

أما كون إشراع الجناح. وهو الروشن يكون على أطراف الخشب مدفون في الحائط وأطرافه خارجة إلى الطريق، وكون إشراع الساباط وهو المستو في هواء الطريق، وكون إشراع الدكان وهي الدكة إلى طريق نافذ: لا يجوز؛ فلأنه تصرف في ملك الغير من غير إذن مالكه. ولا فرق فيما ذكر بين أن يضر ذلك بالمارة أو لا يضر؛ لأنه إن لم يضر حالا فقد يضر مآلا، ولا بين أن يأذن الإمام فيه أو لم يأذن؛ لأنه ليس له أن يأذن فيما لا مصلحة فيه للمسلمين لا سيما إذا احتمل أن يكون ضررا عليهم في المال.

---

(١) ساقط من هـ.." [2]

---

(١) الممتع ٢/٦١٧

(٢) الممتع ٢/٦١٨

"وقال ابن عقيل: إذا أذن الإمام فيما هو مشترك بين المسلمين ولا ضرر فيه جاز؛ لأنه نائب عن المسلمين فجرى إذنه مجرى إذنهم.

وأما كون فعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ بغير إذن أهله لا يجوز؛ فلما تقدم ذكره.

وأما كونه يجوز إذا أذن فيه أهله؛ فلأن المنع لحقهم فإذا رضوا بإسقاطه جاز.

فإن قيل: قول المصنف رحمه الله: إلا بإذن أهله يرجع إلى جميع ما تقدم أم لا؟

قيل: لا؛ لأن أهل الطريق النافذ هو جميع المسلمين والإذن من جميعهم غير متصور فلا فائدة في الحكم عليه بالجواز.

وأما كون الصلح عن ذلك بعوض يجوز في وجه وهو قول أبي الخطاب؛ فلأنه يجوز الصلح بغير عوض. فجاز بعوض؛ كما لو كان القرار مبنيا.

وأما كونه لا يجوز في وجه وهو قول القاضي؛ فلأنه بيع للهواء. وظاهر إطلاق المصنف رحمه الله (١) هذا الوجه الجواز سواء كان جناحا أو ساباطا أو دكانا، وصرح في **الكافي** بأن قول القاضي في الجناح والساباط، ولم يذكر الدكان وهو صحيح يجب حمل إطلاق المصنف هنا عليه؛ لأن تعليل القاضي لا يساعده في الدكان؛ لكونها تبنى على القرار لا على هوائه.

قال: (وإذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه بابا لغير الاستطراق جاز ويحتمل أن لا يجوز. وإن فتحه للاستطراق لم يجز إلا بإذنهم في أحد الوجهين، وإن صالحهم جاز، ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله إلى أوله، ولم يملك نقله إلى داخل منه في أحد الوجهين).

أما كون من فتح بابا لغير الاستطراق في ظهر داره التي في درب غير نافذ يجوز على المذهب؛ فلأن له رفع حائطه بالكلية فرفع بعضه أولى.

وأما كونه يحتمل أن لا يجوز؛ فلأن الباب دليل الاستطراق. وليس له أن يستطرق؛ لما يذكر بعد.

---

(١) في هـ زيادة: على.." (١)

"فنكس القوم رؤوسهم. فقال أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرمينها بين أكتافكم» (١) متفق عليه.

ولأنه انتفاع لا يضر بالمالك فلم يمنع منه كالاستظلال بحائطه والجلوس في ضوء مصباحه.

---

(١) الممتع ٢/٦١٩

فإن قيل: ما معنى قول أبي هريرة: «لأرمينها بين أكتافكم».

قيل معناه: لأضعن هذه السنة بين أكتافكم ولأحملنكم على العمل بها.

وقيل معناه: لأكلفنكم ذلك ولأضعن جذوع الجيران على أكتافكم ضربا للمثل وقصدا للمبالغة.

وأما قول المصنف رحمه الله: بأن لا يمكنه التسقيف إلا به فتفسير للضرورة المشترطة عنده. وظاهره أنه لا فرق بين من كان له حائط واحد أو حائطان. وصرح به في **المغني**، وحكى فيه عن القاضي وأبي الخطاب: ليس هذا في كلام أحمد، وعلل ما ذهب إليه بأنه قد يمتنع عليه التسقيف على حائطين لكون البيت واسعا لا يصل إليه الخشب. وإنما اشترطت الضرورة؛ لأن مقتضى الدليل عدم جواز الانتفاع بملك الغير بغير إذنه. ترك العمل به عند الضرورة للضرورة فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه. ولا بد أن يلحظ أنه لا ضرر في ذلك فإن كان يضر بأن يهدم الحائط أو يضعفه لم يكن له ذلك؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضرر ولا إضرار» (٢) رواه مالك وابن ماجة والدارقطني.

فإن قيل: حديث أبي هريرة مطلق فلم اشترط ما ذكر من الضرورة وعدم الضرر؟

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٣١) ٢: ٨٦٩ كتاب المظالم، باب لا يمنع جاره أن يغرز خشبه في جداره.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٩) ٣: ١٢٣٠ كتاب المساقاة، باب غرز الخشب في جدار الجار.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٤١) ٢: ٧٨٤ كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره. قال في الزوائد: في إسناده جابر الجعفي متهم.

وأخرجه مالك في الموطأ (٣١) ٢: ٥٧١ كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق. ولفظهما: «لا ضرر ولا ضرار».

وأخرجه الدارقطني في سننه (٨٥) ٤: ٢٨٢ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت. باللفظ الذي ساقه المصنف.." [1]

"قيل: أما الأول فيجب حمل الحديث عليه لما تقدم من أن مقتضى الدليل عدم جواز الانتفاع بملك الغير. ترك العمل به عند الضرورة للضرورة فيجب أن يبقى فيما عداها على مقتضاه.

وقال بعض أصحابنا: لا يشترط ذلك عملا بعموم الخبر.

---

(١) الممتع ٢/٦٢١

قال المصنف في **المغني**: أشار ابن عقيل إلى جواز ذلك وقال: ليس لنا مباح تعتبر في إباحته الحاجة. بدليل انتزاع الشقص المشفوع والفسخ بالخيار. فكذلك هاهنا.

وأما الثاني؛ فلأن قوله: «لا ضرر ولا ضرار» (١) يدل عليه فيجب أن يحمل حديث أبي هريرة عليه جميعا بينهما.

وأما كونه له وضع خشبة على الحائط المشترك عند الضرورة المتقدم ذكرها على المذهب؛ فلأنه إذا كان له ذلك في حائط جاره مع أنه لا حق له فيه، فلأن يكون له ذلك في الحائط المشترك وله فيه حق بطريق الأولى.

وأما كونه له وضع خشبة على جدار المسجد عند وجود الضرورة وعدم الضرر على المذهب؛ فلأنه إذا جاز في ملك الجار مع أن حقه مبني على الشح والضيق ففي حق الله المبني على المسامحة والمساهلة أولى.

وأما كونه ليس له ذلك على رواية؛ فلأن القياس يقتضي المنع. ترك في ملك الجار للخبر فيبقى في غيره على مقتضاه.

وأما كونه لا يضع خشبه على جدار جاره على رواية مأخوذة مما ذكر من الرواية الثانية في جدار المسجد؛ فلأنه إذا لم يكن له ذلك مع أن له فيه حقا؛ لأنه من المسلمين والمسجد مشترك بينهم؛ فلأن لا يكون له ذلك في ملك الغير المختص به بطريق الأولى.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." (١)

"قال: (وإن كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه ببنائه معه أجبر عليه. وعنه: لا يجبر لكن ليس له منعه من بنائه، فإن بناه بآلته فهو بينهما. وإن بناه بآلة من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به، فإن طلب ذلك خير الباني بين أخذ نصف قيمته منه وبين أخذ آلته).

أما كون الممتنع من البناء مع شريكه يجبر عليه على المذهب؛ فلما فيه من إزالة الضرر عن شريكه.

وأما كونه لا يجبر عليه على رواية؛ فلأنه ملك لا حرمة له في نفسه. فلم يجبر مالكه على الإنفاق عليه؛ كما لو انفرد به.

قال القاضي: أصحهما أنه يجبر لأن في ترك البناء إضرارا بالشريك فأجبر عليه كما يجبر على القسم إذا طلبه شريكه وعلى النقض إذا خيف سقوطه. ويؤيده قوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار» (١). وعدم

---

(١) الممتع ٢/٦٢٢

حرمة الملك إن لم يوجب فحرمة شريكه الذي يتضرر بترك البناء يوجب. وفارق الملك المنفرد من حيث إنه لا يفوت به حق أحد ولا يتضرر به.

وأما كونه على رواية أنه لا يجبر: ليس للشريك منع شريكه من بنائه؛ فلأن له حقا في الحمل (٢) ورسما في الحائط فلا (٣) يجوز منعه من ذلك.

وأما كون الحائط مشتركا بينهما إذا بناه بآلته؛ فلأن آلته مشتركة وقد عادت فيجب أن تعود كما كانت.

ولأن الباني إنما أنفق على التأليف وذلك أثر لا عين يملكها.

وظاهر كلام المصنف هنا وفي **المغني** **والكافي** أنه لا يملك منع شريكه من وضع ما كان له عليه؛ لأنه ذكر المنع في المسألة التي تأتي دون هذه.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) في و: الجملة.

(٣) في هـ: ولا.." [1]

"ولأنه قال في **الكافي**: عاد بينهما كما كان برسومه وحقوقه؛ لأنه عاد بعينه. وصرح صاحب النهاية بذلك فيها، فقال: فإن بناه بآلته فهو بينهما على الشركة ولا يلزم شريكه أجرة البنائين، وليس لشريكه أن يمنعه أن ينتفع بأعيان ملكه.

وفيما ذكره الأصحاب نظر. وينبغي أن الباني يملك منع شريكه من التصرف فيه حتى يؤدي ما يخصه من الغرامة الواقعة بأجرة المثل؛ لأنه لو لم يكن كذلك لأدى إلى ضياع حق الشريك.

ولأنا إذا أجبرناه على العمارة نجبره على وزن أجرة البناء كما نجبره على وزن ثمن الآلات فيجب أنه إذا وزنها الشريك يرجع بها كما لو وزن ثمن الآلات فإنه يرجع بها.

ولأن الأصحاب اتفقوا على أن للشريك أن يمنع شريكه من التصرف فيما إذا بناه بآلة من عنده حتى يؤدي ما يخصه من قيمة البناء وذلك اسم الآلة مع التأليف فإذا وجب الرجوع بقيمة التأليف مع قيمة الآلة فما المانع من وجوب رد قيمة التأليف المنفرد.

وأما كون البناء للباني إذا بناه بآلة من عنده؛ فلأنه ملكه.

وأما كون الآخر ليس له الانتفاع به -والمراد قبل أداء ما يجب عليه-؛ فلأنه يتصرف في ملك الغير بغير

---

(١) الممتع ٢/٦٢٣

إذنه.

وأما كون الباني يجبر بين أخذ نصف قيمته من شريكه إذا طلب الانتفاع به وبين أخذ آلته؛ فلأنه ليس له إبطال حق شريكه، وفي أخذ القيمة جمع بين الحقين، وفي أخذ الآلة تمكين للغير من استيفاء حقه.

قال: (وإن كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة واحتاج إلى عمارة ففي إجبار الممتنع روايتان. وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته وإذا عمره فالماء بينهما على الشركة).

أما كون الممتنع في الصورة المذكورة يجري فيه الخلاف المذكور؛ فلما تقدم قبل.

وأما كون أحدهما ليس له منع صاحبه من عمارته؛ فلما تقدم أيضا.

وأما كون الماء بينهما على الشركة؛ فلأن عامر ذلك ليس له فيه عين بل أثر فيجب أن يعود بينهما على ما كان كما لو بنى ال حائط المشترك بآلته، ويجيء في هذا ما تقدم من النظر؛ لأنه مثله.." (١)

"صكا إلى النار» (١): تنبيه على ذلك لأنه أخبر أن المفلس له حسنات أمثال الجبال لكنها كانت دون ما عليه.

قال: (ومن لزمه دين مؤجل لم يطالب به قبل أجله، ولم يحجر عليه من أجله، فإن أراد سفرا يحل الدين قبل مدته فلغريمه منعه إلا أن يوثقه برهن أو كفيل، وإن كان لا يحل قبله ففي منعه روايتان).

أما كون من لزمه دين مؤجل لا يطالب به قبل أجله؛ فلأن الدين المؤجل لا يلزم أداؤه قبل الأجل ومن شرط المطالبة لزوم الأداء.

وأما كونه لا يحجر عليه من أجله؛ فلأن المطالبة به لا تستحق فكذا الحجر.

وأما كون الغريم له منع غريمه من سفر يحل الدين قبل مدته عند عدم التوثقة؛ فلأن في ذلك تأخيرا لحقه عن محله. فملك منعه؛ كنفس التأخير.

وأما كونه ليس له منعه مع التوثقة؛ فلأن ضرر التأخير يزول بذلك لتمكنه من الاستيفاء عند محله من الرهن أو الكفيل.

وأما كونه له منعه من سفر لا يحل الدين قبل مدته في رواية؛ فلأن قدومه قبل المحل غير متيقن ولا ظاهر. أشبه ما لو كان السفر طويلا.

وأما كونه ليس له ذلك في رواية؛ فلأنه لا يستلزم تأخير حقه بخلاف المسألة قبل.

قال المصنف في المغني بعد رواية المنع: هو ظاهر كلام أحمد.

---

(١) الممتع ٢/٦٢٤

قال: (وإن كان حالا وله مال يفي به لم يحجر عليه ويأمره الحاكم بوفائه. فإن أبى حبسه. فإن أصر باع ماله وقضى دينه).

أما كون من ذكر لا يحجر عليه؛ فلأن الغرماء يمكنهم المطالبة بحقوقهم في الحال فلا حاجة إلى الحجر.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٥٨١) ٤: ١٩٩٧ كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم.

وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٤١٨) ٤: ٦١٣ كتاب صفة القيامة، باب ما جاء في شأن الحساب والقصاص. قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.." (١)

"وأما كون الحاكم يأمره بالوفاء؛ فلأن الغرماء إذا طلبوا ذلك منه تعين عليه لما فيه من فصل القضاء المرصد له.

وأما كونه يحبسه إذا أبى ذلك؛ فلأن كل ممتنع من وفاء حق عليه يجب حبسه إذا كان قادرا عليه حتى يوفي، وما لا يتم الواجب إلا به واجب.

قال: (فإن ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض كالبيع والقرض، أو عرف له مال سابق حبس إلا أن يقيم البينة على نفاد ماله وإعساره. وهل يحلف معها؟ على وجهين. وإن لم يكن كذلك حلف وخلي سبيله).

أما كون من ادعى الإعسار وكان دينه عن عوض، أو عرف له مال سابق يحبس إذا لم (١) يقم البينة على نفاده وإعساره؛ فلأن الأصل بقاء ماله وإذا كان باقيا تعين حبسه ليقضي دينه؛ كالمقر بيساره. ولا بد أن يلحظ أن صاحب الدين مكذب للمدعي في دعواه لأنه لو صدقه لكان كما لو قامت البينة بإعساره. وسيأتي ذكره.

وأما كونه لا يحبس إذا أقام البينة على ذلك؛ فلأن البينة تظهر الإعسار فيجب إنظاره لقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وقول النبي صلى الله عليه وسلم لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها وكثر دينه: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» (٢).

ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عسرته أو ليقضي دينه، وعسرته ثابتة والقضاء متعذر. وإذا كان كذلك لم يكن في الحبس فائدة.

وأما صفة ما تشهد به البينة فظاهر كلام المصنف هنا أنها لا بد وأن تشهد على النفاد. وذكر في **المغني** أن البينة إن شهدت بالتلف سمعت وإن لم تكن من أهل الخبرة الباطنة، وإن شهدت بالإعسار لم تسمع

---

(١) الممتع ٢/٦٢٦

إلا أن تكون من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة لأن الإعسار من الأمور الباطنة التي لا يعلمها إلا أهل الخبرة الباطنة والمخالطة. وفي هذا إشعار بأن البينة إن كانت من أهل الخبرة الباطنة كفى أن تشهد بالإعسار دون

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سيأتي تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"قال: (وإن تصرف في ذمته بشراء، أو ضمان، أو إقرار: صح. ويتبع به بعد فك الحجر عنه).

أما كون تصرف المفلس في ذمته يصح؛ فلأنه أهل للتصرف، والحجر تعلق بماله لا بذمته فوجب أن يصح تصرفه في ذمته عملا بأهليته السالمة عن معارضة الحجر.

وأما كونه يتبع به بعد فك الحجر عنه؛ فلأنه حق عليه لم يمكن تعلقه بماله قبل فك الحجر لحق الغرماء فوجب أن يتبع به بعد فك الحجر عنه لزوال المعارض. ومفهوم كلام المصنف رحمه الله: أن من اشترى منه أو ضمن له أو أقر له ليس له مشاركة الغرماء وهو صحيح صرح به في **المغني** لأن من علم فقد رضي بالتأخير ومن لم يعلم فقد فرط.

قال: (وإن جنى شارك المجني عليه الغرماء. وإن جنى عبده قدم حق المجني عليه بثمنه).

أما كون من جنى عليه المفلس يشارك الغرماء؛ فلأن حقه ثبت على الجاني بغير اختيار من له الحق، ولم يرض بتأخيره. بخلاف التي قبلها.

فإن قيل: لم لم يقدم أرش الجناية هنا على الغرماء كما تقدم جناية العبد المرهون [على حق المرتهن؟

قيل: لأن دين الجناية والغرماء متعلق فيهما بالذمة بخلاف جناية العبد المرهون] (١) فإنها متعلقة بالعين تفوت بفواتها.

وأما كون من جنى عليه عبده يقدم بثمنه؛ فلأنه يقدم حقه على المرتهن الذي يقدم على سائر الغرماء؛ فلأن يقدم على الغرماء بطريق الأولى.

---

(١) ساقط من هـ.." [٢]

---

(١) الممتع ٢/٦٢٧

(٢) الممتع ٢/٦٣٠

"وفي رواية أبي داود في حديث المفلس عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «فإن (١) مات فصاحب المتاع أسوة الغرماء» (٢).

ولأن الملك انتقل عن المفلس إلى الورثة. فلم يكن لصاحب المتاع أخذه؛ كما لو باعه المفلس.

وثانيها: أن لا يكون نقد من ثمنها شيئا. فإن كان قد نقد منه شيئا فهو أسوة الغرماء؛ لأن في حديث أبي هريرة: «وإن كان قبض من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء» (٣). رواه أبو داود وابن ماجة والدارقطني.

ولأن في الرجوع في قسط ما بقي تبعيضا للصفقة على المشتري وإضرارا به، وليس ذلك للبائع.

فإن قيل: ليس فيه ضرر لأن مال المفلس يباع ولا يبقى له.

قيل: الضرر متحقق مع البيع فإنه لا يرغب فيه مشقصا بمثل ما يرغب فيه غير مشقص فينقص ثمنه فيتضرر المفلس والغرماء.

ولأنه سبب يفسخ به البيع. فلم يجز مع تشقيصه؛ كالرد بالعيب والخيار.

ولا فرق بين كون المبيع عينا واحدة أو عينين لما ذكر من الحديث والمعنى. ذكره المصنف في **المغني**.

وثالثها: أن تكون السلعة لم يتلف بعضها. فإن كان قد تلف بعضها؛ كعبد قطعت يده، أو قلعت عينه، أو ثوب ذهب بعضه، أو دار انهدم بعضها، أو شجر مثمر تلف ثمره، أو نحو ذلك: لم يكن البائع أحق به؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من أدرك

---

(١) في هـ: من.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢٢) ٣: ٢٨٧ كتاب البيوع، باب في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢١) الموضع السابق.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٥٩) ٢: ٧٩٠ كتاب الأحكام، باب من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس.

وأخرجه الدراقطني في سننه (١٠٩) ٣: ٢٩ - ٣٠ كتاب البيوع.." [١]

"أما كون الشفعة تمنع ذلك؛ فلأن الشفيع حقه أسبق لأنه ثبت بالبيع والبيع ثبت حقه بالحجر وإذا كان حقه أسبق كان أولى لسبقه.

---

(١) الممتع ٢/٦٣٢

ولأن حقه آكد لأنه يستحق انتزاع العين من المشتري وممن نقلها إليه المشتري وحق البائع ليس كذلك.

وقال ابن حامد: للبائع أخذ ذلك لعموم الخبر.

ولأنه إذا رجع فيه عاد الشقص إليه وزال الضرر عنه وعن الشفيع لأنه عاد كما كان قبل البيع ولم تتجدد شركة لغيره.

والأول أولى لما ذكر. وما ذكر من زوال الضرر غير مسلم. بدليل ما لو باعها المشتري من البائع أو أقاله فيها فإن للشفيع الأخذ بالشفعة، ولو زال الضرر لم يملك ذلك.

وأما كون الجناية تمنع؛ فلأن الرهن يمنع الرجوع وحق الجناية مقدم عليه فأولى أن يمنع.

قال المصنف في **المغني**: ويتوجه أن يقال: لا يمنع لأنه حق (١) لا يمنع تصرف السيد بالبيع وغيره فلا يمنع الرجوع كما لو ثبت في ذمته دين.

وأما كون الرهن يمنع؛ فلأن المفلس عقد قبل الفلس عقدا منع نفسه من التصرف فلم يكن للبائع الرجوع كما لو باعه أو وهبه.

ولأن في الرجوع إضرارا بالمرتهن، ولا يزال الضرر بالضرر.

وسادسها: أن لا تزيد زيادة متصلة. فإن زادت زيادة متصلة كالسمن والكبر وتعلم صنعة لم يكن البائع أحق بها لأن الرجوع فسخ لسبب حادث فلم يملكه في عين المال الزائدة زيادة متصلة؛ كفسخ النكاح بالإعسار أو الرضاع. وهذا قول الخرقي. ذكره المصنف في **المغني**.

ومنصوص الإمام أحمد –رحمة الله عليه– أن ذلك لا يمنع؛ لعموم قوله عليه السلام: «من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به» (٢).

---

(١) في هـ: لا حق.

(٢) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [(١)]

"ولأنه فسخ لا يمنع منه الزيادة المتصلة كالرد بالعيب.

وفارق الرد هنا الرد بالفسخ بالإعسار أو الرضاع من حيث إن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين فيحصل له حقه تاما. وهاهنا لا يمكن البائع الرجوع في جميع الثمن لمزاحمة الغرماء فلا يحصل له حقه تاما.

وفرق المصنف رحمه الله –مؤيدا لقول الخرقي– بين الرد هنا وبين الرد بالعيب من وجهين:

---

(١) الممتع ٢/٦٣٤

أحدهما: أن العيب معنى قارن العقد بخلاف الرد هنا فإنه بسبب حادث وهو الحجر على المشتري.

والثاني: أن المشتري هو الفاسخ فيكون فسخه رضا بترك الزيادة، والفسخ هنا من البائع فلا يكون فسخه رضا بترك حق المشتري.

قال: (فأما الزيادة المنفصلة والنقص بهزال أو نسيان صنعة فلا يمنع الرجوع، والزيادة للمفلس. وعنه: للبائع).

أما كون الزيادة المنفصلة كالولد والثمرة والكسب لا يمنع الرجوع؛ فلأن البائع وجد عين ماله بعينه فكان أحق به للحديث.

ولأن المانع في الزيادة المتصلة مفقود في المنفصلة فكان أحق بعينه عملا بالحديث السالم عن المعارض.

وأما كون الزيادة للمفلس وهو قول الخرقي؛ فلأنه منع الرجوع بالزيادة المتصلة لكونها للمفلس فالمنفصلة أولى.

ولأن المنفصلة لا تتبع الأصل في الفسخ بدليل الرد بالعيب والخيار والرجوع في الصداق بالطلاق.

وأما كونها للبائع عند الإمام أحمد؛ فلأنها زيادة فكانت للبائع كالمتصلة. وذكر المصنف هذه الرواية في **المغني** قولا لأبي بكر، وحكى عنه أنه أخذه من قول أحمد في ولد الجارية ونتاج الدابة هو للبائع. ثم قال: والأول هو الصحيح لأن الزيادة انفصلت في ملك المشتري فكانت له كما لو وجد بالمبيع عيبا فرده وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الخراج." [1]

"ولأن الحي آكد حرمة من الميت؛ لأنه (١) مضمون بالإتلاف، وتجهيز الميت وتكفينه مقدم على دينه فنفقة الحي أولى.

قال: (ويبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد ثم بالحيوان ثم بالأثاث ثم بالعقار. ويعطي المنادي أجرته من المال).

أما كون الحاكم يبدأ ببيع ما يسرع إليه الفساد كالبطيخ والطبيخ وما أشبههما؛ فلأن بقاءه يتلفه بيقين.

وأما كونه يقدم بيع الحيوان على ما بعده؛ فلأنه معرض للإتلاف ويحتاج في بقائه إلى نفقة.

وأما كونه يقدم بيع الأثاث على العقار؛ فلأنه يخاف عليه وتناله اليد.

وأما كونه يعطي المنادي أجرته من المال؛ فلأن البيع حق عليه.

وقال المصنف في **المغني** وأبو الخطاب في الهداية وغيرهما: الأجرة في بيت المال؛ لأنه من المصالح. فإن لم يكن فمن المال لما تقدم. فيحتمل أن المصنف هنا قصد بقوله: أنه من المال ذلك. وإنما لم يذكر من بيت المال بناء على التعذر من بيت المال؛ لأنه يومئذ لا يصرف منه شيء في مثل ذلك. ويحتمل أن

---

(١) الممتع ٢/٦٣٥

يكون في المسألة وجهان ذكر أحدهما هنا وفي **المغني** الآخر.

ويشترط أن يكون المنادي ثقة فإن اتفق المفلس والغرماء على ثقة أمضاه الحاكم لوجود الشرط فيه، وإن اتفقوا على غير ثقة رده.

---

(١) في هـ: لا.." (١)

"وأما كونه يقسم الباقي على باقي الغرماء؛ فلتساوي حقوقهم في تعلقها بذمة المفلس.

وأما كون القسمة على قدر ديونهم؛ فلأن فيه تسوية بينهم ومراعاة لكمية حقوقهم.

وأما كون من له دين مؤجل لا يحل بالفلس على المذهب؛ فلأن التأخير حق للمفلس فلا يبطل بإفلاسه كسائر حقوقه.

ولأنه لا يوجب حلول ما له فلا يوجب حلول ما عليه؛ كالجنون والإغماء.

ولأنه دين مؤجل على حي فلا يحل بالفلس كغيره.

وأما كونه يحل على رواية؛ فلأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال فأسقط الأجل كالموت.

والأول أصح لما ذكر. والقياس على الموت مردود بالمنع. ثم بتقدير تسليمه الفرق بينهما أن ذمة الميت خربت وبطلت بخلاف المفلس.

وقال المصنف في **المغني**: قال القاضي: لا يحل الدين بالفلس رواية واحدة.

قال: (ومن مات وعليه دين مؤجل لم يحل إذا وثق الورثة. وعنه: يحل).

أما كون من مات وعليه دين مؤجل لا يحل إذا وثق الورثة على المذهب فلما ذكر في الفلس.

وأما كونه يحل على رواية؛ فلأنه لا يخلو: إما أن يبقى في ذمة الميت، أو الورثة، أو متعلقا بالمال. والأول لا يجوز لخراب الذمة بالموت، وكذا الثاني لأن صاحب الدين لم يرض بذمة الورثة لا سيما إذا كانت مختلفة متباينة، وكذا الثالث لأن في تعليق الدين بالمال مع كونه مؤجلا ضررا بالميت وصاحب الدين والورثة: أما ضرر الميت فلبقاء ذمته مرتهنة قال النبي صلى الله عليه وسلم: «الميت مرتهن بدينه حتى يقضى عنه» (١).

وأما ضرر صاحب الدين؛ فلأنه يتأخر دينه وقد تتلف العين فتسقط بالكلية.

---

(١) الممتع ٢/٦٤٠

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٧٣ كتاب الضمان، باب وجوب الحق بالضمان. ولفظه: « ... إنه ليس من ميت يموت وعليه دين إلا وهو مرتهن بدينه ... »..." [١]

"وأما ضرر الورثة فظاهر لأنهم لا يتمكنون من الانتفاع بالأعيان.

والأول أصح؛ لما ذكر.

ولأن التأجيل حق للميت فلا يسقط بالموت لقوله عليه السلام: «من ترك حقا فلورثته» (١)، وكسائر حقوقه.

وأما قول المصنف رحمه الله: لم يحل إذا وثق الورثة ففيه إشعار بحلوله إذا لم يوثقوا وهو صحيح صرح به في **المغني** وعلله بأن عدم الحلول يفضي إلى إسقاط دينه بالكلية.

قال: (وإن ظهر غريم بعد قسم ماله رجع على الغرماء بقسطه. وإن بقيت على المفلس بقية وله صنعة فهل يجبر على إيجار نفسه لقضائها؟ على روايتين).

أما كون الغريم الذي ظهر بعد القسمة يرجع على بقية الغرماء بقسط حقه؛ فلأنه لو كان حاضرا قاسمهم فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم كالغريم للميت يظهر بعد قسمة تركته.

وأما كون المفلس يجبر على إيجار نفسه لقضاء دينه على رواية فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم باع سرقا في دينه» (٢)، والحر لا يباع فعلم أنه باع م نافعه.

ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها وتحريم أخذ الزكاة فكذا هاهنا.

ولأن الإجارة عقد معاوضة فجاز إجباره عليها كبيع ماله.

وأما كونه لا يجبر على رواية؛ فلأنه معسر فيدخل في قوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة﴾ [البقرة: ٢٨٠].

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها: «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك» (٣) رواه مسلم.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٥٠) ٦: ٢٤٧٦ كتاب الفرائض، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: «من ترك مالا فلأهله».

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالا فلورثته.

---

(١) الممتع ٢/٦٤٢

(٢) أخرجه الحاكم في مستدركه (٧٠٦٢) ٤: ١١٤ كتاب الأحكام. قال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه. قال في التلخيص: كذا قال، وعبدالرحمن بن البيلماني لين، ولم يحتج به البخاري.
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥٦) ٣: ١١٩١ كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٤٦٩) ٣: ٢٧٦ كتاب البيوع، باب في وضع الجائحة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٦٥٥) ٣: ٤٤ كتاب الزكاة، باب ما جاء من تحل له الصدقة من الغارمين وغيرهم. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٧٨) ٧: ٣١٢ كتاب البيوع، الرجل يبتاع البيع فيفلس ويوجد المتاع بعينه.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٥٦) ٢: ٧٨٩ كتاب الأحكام، باب تفليس المعدم والبيع عليه لغرمائه.." [1]

"وأما كون ذلك من ضمان مالكه إن تلف؛ فلأنه تلف بتفريط من صاحبه وتسليطه (١) عليه.

وأما كون الحكم كما ذكر علم المالك بالحجر أو لم يعلم؛ فلأنه مفرط في الحالين: أما مع علمه بالحجر عليه فظاهر، وأما مع عدم علمه؛ فلأنه عامل من لا يعرفه.

ولأن الظاهر العلم بحال من حجر عليه فحيث لم يعلم ذلك يكون ذلك منسوبا إلى تقصيره.

وأما كون أرش الجناية على من ذكر إذا جنوا؛ فلأن الإتلاف يستوي فيه الأهل وغيره. دليله إتلاف المال.

قال: (ومتى عقل المجنون وبلغ الصبي ورشدا انفك الحجر عنهما بغير حكم حاكم ودفع إليهما مالهما. ولا ينفك قبل ذلك بحال).

أما كون المجنون ينفك الحجر عنه إذا عقل ورشد فبالاتفاق لأنه حجر عليه لجنونه فإذا زال وجب زوال الحجر لزوال علته.

وأما كون الصبي ينفك الحجر عنه إذا بلغ ورشد؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن ءانستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم﴾ [النساء: ٦] أمر بدفع أموالهم إليهم بعد البلوغ وإيناس الرشد.

وأما كون الحجر عليهم ينفك عنهما بغير حكم حاكم: أما في المجنون فبالاتفاق.

قال صاحب **المغني** فيه: لا خلاف في أن المجنون يدفع إليه ماله إذا زال جنونه وهو رشيد.

وأما في الصبي؛ فلأن اشتراط ذلك فيما ذكر زيادة على قوله: ﴿فإن ءانستم منهم رشدا فادفعوا ... الآية﴾

(١) الممتع ٢/٦٤٣

[النساء: ٦].

ولأنه حجر عليه بغير حكم حاكم فيزول بغير حكمه كالحجر على المجنون.

---

(١) في هـ: وتسليط.." (١)

"وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: ظاهر كلام أحمد جوازه لأنه إنما يجوز لمليء يأمن جحوده فينتفي ما ذكر قبل.

وأما كونه له شراء العقار؛ فلأن ذلك مصلحة لموليه لأنه يحصل منه المغل ويبقى الأصل.

ولأنه إذا جازت المضاربة بمالهما مع احتمال الغرر؛ فلأن يجوز شراء العقار مع أن أصله محفوظ بطريق الأولى.

وأما كونه له بناء العقار؛ فلأنه في معنى الشراء.

وأما قول المصنف رحمه الله: بما جرت عادة أهل بلده به (١) فاختيار له. والذي ذكره الأصحاب أنه يبنيه بالآجر والطين ولا يبنيه باللبن؛ لأنه إذا نقضه فسد بخلاف الآجر، ولا بالجص؛ لأنه يلتزق بالآجر فلا يتخلص منه.

قال المصنف في **المغني**: والذي أراه أن له بناؤه بما يرى الحظ فيه.

وليس كل الأماكن يبنى فيها (٢) بالآجر ولا يقدر فيها على الآجر الجيد، وإن وجد فبقيمة كثيرة جدا فمتى قيد البناء بما ذكر أفضى إلى فوات الحظ.

وأما قوله: إذا رأى المصلحة في ذلك كله فراجع إلى قوله: ولوليهما مكاتبة رقيقهما ... إلى آخره؛ لأن المصلحة إذا انتفت في شيء من ذلك لم يكن قربا بالتي هي أحسن وقد نهي عنه.

قال: (وله شراء الأضحية لليتيم الموسر. نص عليه. وتركه في المكتب وأداء الأجرة عنه).

أما كون الولي له شراء الأضحية لليتيم الموسر؛ فلأن فيه توسعة على اليتيم الموسر في يوم العيد وجبرا لقلبه. وقد نبه الشرع على التوسعة في العيد بقوله: «أيام أكل وشرب وذكر لله عز وجل» (٣) رواه مسلم.

---

(١) ساقط من هـ.

---

(١) الممتع ٢/٦٤٨

(٢) في هـ: فيه.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١١٤١) ٢: ٨٠٠ كتاب الصيام، باب تحريم صوم أيام التشريق.." [١]

"وأما كونه له تركه في المكتب وأداء الأجرة عنه؛ فلأن ذلك من مصلحته فجرى مجرى نفقته لمأكوله ومشروبه.

قال: (ولا يبيع عقارهما إلا لضرورة أو غبطة وهو أن يزاد في ثمنه الثلث فصاعدا).

أما كون الولي لا يجوز له بيع عقار الصبي والمجنون لغير ضرورة أو غبطة؛ فلأنه لا مصلحة له فيه، والتصرف له مشروط بالمصلحة.

ولأن الولي مأمور بالشراء للحظ؛ فلا معنى للبيع.

وأما كونه يجوز له ذلك للضرورة كحاجتهما إلى نفقة أو كسوة أو قضاء دين؛ فلأن الضرورة لا بد من دفعها.

وأما كونه يجوز له ذلك للغبطة فلتضمنه المصلحة.

وأما مقدار الغبطة فقيدها أبو الخطاب بالثلث لتكون المصلحة بينة، ووافقه المصنف هنا.

وقال في **المغني**: ليس في كلام أحمد تقييد، وقد تكون المصلحة في غير هذا مثل أن يكون في مكان لا ينتفع به أو يكون نفعه به قليلا فيباع ويشترى في مكان ينتفع به، أو يكون في شراءه غبطة كثيرة ولا يمكنه ذلك إلا ببيع عقاره. وقد نص أحمد على بيع عقاره وأثاثه وآنيته ونحو ذلك (١) إذا كان فيه حظ فلا معنى لتقييده بالثلث.

قال: (وإن وصي لأحدهما بمن يعتق عليه ولا تلزمه نفقته لإعسار الموصى له أو غير ذلك وجب على الولي قبول الوصية، وإلا لم يجز له قبولها).

أما كون الولي يجب عليه قبول الوصية إذا لم يلزم المولى عليه نفقة الموصى به؛ فلأنه مصلحة محضة له، وعلى الولي أن يفعل ما فيه مصلحة موليه.

وأما كونه لا يجوز له القبول إذا لزمته النفقة؛ فلأن عليه فيه مضرة.

---

(١) في هـ: ويجوز ذلك.." [٢]

---

(١) الممتع ٢/٦٥٧

(٢) الممتع ٢/٦٥٨

"وأما كونه ينفك عنه بمجرد رشده على قول؛ فلأن السفه سبب الحجر فوجب أن ينفك بزواله كما في حق الصبي والمجنون. وعزا المصنف في **المغني** هذا القول إلى أبي الخطاب ثم قال: والأول أولى لما ذكر.

ولأنه يحتاج إلى تأمل واجتهاد في معرفة رشده وزوال تبذيره. وفارق الصبي والمجنون من حيث إن الحجر عليهما ثبت بغير حكم الحاكم فينفك بغير حكمه.

وأما كونه يستحب إظهار الحجر عليه والإشهاد عليه فقد صرح المصنف رحمه الله بالعلة من اجتناب معاملته وذلك مطلوب لما فيه من أمن ضياع المال لأن الإظهار والإشهاد سبب إلى تحصيله.

قال: (ويصح تزويجه بإذن وليه.

وقال القاضي: يصح من غير إذنه. وهل يصح عتقه؟ على روايتين).

أما كونه يصح تزويج السفيه بإذن وليه؛ فلأنه لا يأذن إلا بما فيه المصلحة.

ولأن حاجته تدعو إلى ذلك وليس مآله إلى التبذير.

وأما كونه لا يصح من غير إذنه على غير قول القاضي فكسائر تصرفاته.

وأما كونه يصح على قوله؛ فلأن حاجته تدعو إليه ودفعها مطلوب شرعا.

وأما كون عتقه يصح على رواية؛ فلأنه تصرف من مالك مكلف فصح كعتق الراهن والمفلس.

وأما كونه لا يصح على رواية؛ فلأنه إتلاف لماله. أشبه هبته.

قال: (وإن أقر بحد أو قصاص أو نسب أو طلق زوجته أخذ به، وإن أقر بمال لم يلزمه في حال حجره، ويحتمل أن لا يلزمه مطلقا).

أما كون السفيه يؤخذ بما أقر به من حد أو قصاص أو نسب؛ فلأنه غير متهم في حق نفسه، والحجر إنما يتعلق بماله فوجب أن يقبل على نفسه لأن الحجر لا تعلق له به.

وأما كونه لا يلزمه ما أقر به من المال في حال حجره؛ فلأنه محجور عليه لحظه فلم يصح إقراره بالمال كالصبي، وإذا لم يصح إقراره انتفى اللزوم لتوقفه عليه.

ولأنا لو قبلنا إقراره في ماله سقط معنى الحجر عليه.." [١]

"فصل

قال المصنف رحمه الله: (وللولي أن يأكل من مال المولى عليه بقدر عمله إذا احتاج إليه، وهل يلزمه عوض

---

(١) الممتع ٢/٦٦٠

ذلك إذا أيسر؟ على روايتين. وكذلك يخرج في الناظر في الوقف).

أما كون الولي له أن يأكل من مال المولى عليه؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف﴾ [النساء: ٦].

وأما ما يشترط لذلك فأن يكون بقدر عمله، وأن يكون محتاجا إليه: أما الأول؛ فلأنه إنما يستحق بعمله فلا يجوز أن يتعداه. وأما الثاني؛ فلأن الله شرطه في الأكل حيث قال: ﴿ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف﴾ [النساء: ٦] ثم أكد ذلك بأن قال: ﴿ومن كان غنيا فليستعفف﴾ [النساء: ٦].

وقال صاحب **المغني** فيه ما معناه: أنه يأكل بقدر أقل الأمرين من أجرته وقدر كفايته لأنه يستحقه بالعمل والحاجة معا فلم يجز أن يأخذ إلا ما وجد فيه كلاهما.

وأما كونه إذا أيسر يلزمه العوض على رواية؛ فلأنه استباحه بالحاجة من مال غيره فلزمه عوضه كمن اضطر إلى طعام غيره.

وأما كونه لا يلزمه ذلك على رواية؛ فلأن الله أمر بالأكل ولم يذكر عوضا له عن عمله فلم يلزمه عوضه كالأجير والمضارب.

وهذا الخلاف فيما عدا الأب.

قال المصنف في **المغني**: وإن كان أبا -يعني الولي- لم يلزمه عوضه رواية واحدة.." [(١)]

"وأما كونه يصح على التراخي؛ فلأن قبول وكلاء رسول الله صلى الله عليه وسلم لوكالته كان بفعلهم وكان متراخيا على توكيله لهم.

ولأنه إذن له في التصرف، والإذن قائم ما لم يرجع عليه.

وأما قول المصنف رحمه الله: بأن يوكله في بيع شيء فيبيعه ... إلى آخره فبيان للقبول على التراخي.

قال: (ولا يجوز التوكيل والتوكل في شيء إلا ممن يصح تصرفه فيه).

أما كون التوكيل في شيء لا يجوز ممن لا يصح تصرفه فيه؛ فلأن الموكل إذا كان لا يصح تصرفه في شيء بنفسه فلأن لا يجوز له أن يوكل غيره بطريق الأولى.

وأما كون التوكل في شيء لا يجوز ممن لا يصح تصرفه فيه؛ فلأن الوكيل إذا كان قاصرا عن التصرف لنفسه، فلأن يكون قاصرا عن التصرف بالإذن الذي هو أضعف منه بطريق الأولى.

وأما كون التوكيل والتوكل في شيء يجوز ممن يصح تصرفه فيه؛ فلأن كل واحد منهما يملك التصرف بنفسه.

---

(١) الممتع ٢/٦٦٢

فجاز أن يستنيب غيره وأن ينوب عن غيره؛ لانتفاء المفسد المتقدم ذكره.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا: أن كل من صح تصرفه في شيء بنفسه جاز أن يوكل فيه وأن يتوكل. واستثنى من التوكل في **المغني** الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح بنفسه ولا يصح أن يقبله لغيره. وحكاه عن القاضي ثم قال: وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس.." [1]

"قال: (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعتق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار واللعان والأيمان، ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج وليته إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لنفسه ومولیته).

أما كون التوكيل يجوز في العقود؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في الشراء» (١)، وسائر العقود في معناه.

وأما كونه يجوز في الفسوخ والعتق والطلاق؛ فلأنه إذا جاز التوكيل في الإنشاء؛ فلأن يجوز في الإزالة بطريق الأولى.

وأما كونه يجوز في الرجعة؛ فلأنه يجوز في النكاح فلأن يجوز في الرجعة بطريق الأولى.

وأما كونه يجوز في تملك المباحات؛ فلأنه نوع يملك. أشبه التوكيل في الشراء.

وأما كونه لا يجوز في الظهار واللعان والأيمان؛ فلأنها أيمان فلا تدخلها النيابة كالصلاة. ويدخل في الأيمان النذر؛ لأنه يمين، والقسامة كذلك.

وينبغي أن يستثنى من (٢) جواز الوكالة في كل حق آدمي القسم بين الزوجات؛ لأنه يتعلق بنفس الزوج، والشهادة لأنها تتعلق بالشاهد. ذكرهما المصنف في **المغني**. ثم قال: ولا يصح في الالتقاط فإذا أمر بذلك فالتقط كان أحق به من الآمر، ولا في الاغتنام لأنه يستحق بالحضور، ولا في الرضاع لأنه يتعلق بالمرضع والمرتضع، ولا في الغصب لأنه محرم، ولا في الجنايات كذلك.

وأما كون توكيل من يقبل له النكاح يجوز؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة» (٣) و «أبا رافع في قبول نكاح ميمونة» (٤).

وأما كونه يجوز في تزويج وليته؛ فلأن الحاجة تدعو إليه فجاز كالقبول.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

---

(١) الممتع ٢/٦٧٢

(٢) ساقط من هـ.

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٤) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"وأما قول المصنف رحمه الله: إذا كان الوكيل ممن يصح ذلك منه لنفسه ومولیته فاحتراز عن الصبي والمجنون وما أشبههما لأن توكيلهما لا يصح لما تقدم، وعن الفاسق؛ لأن توكيله في إيجاب النكاح لا يصح؛ لأنه لا يصح أن يتولى نكاح موليته بنفسه لأنه لا ولاية لفاسق. وفيه إشعار بأن الفاسق يصح أن يكون وكيلا في القبول. وقد تقدم الكلام فيه والخلاف (١).

قال: (ويصح في كل حق لله تدخله النيابة من العبادات والحدود في إثباتها واستيفائها، ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته إلا القصاص وحد القذف عند (٢) بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته).

أما كون التوكيل في العبادات التي تدخلها النيابة كالزكوات والمنذورات والكفارات ونحو ذلك يصح؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أناسا لقبض الصدقات وتفريقها». وقال في حديث معاذ حين بعثه إلى اليمن: «أعلمهم أن الله قد فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم ... مختصر» (٣) متفق عليه.

فيثبت الحكم فيما ذكر لما ذكر، وفي (٤) باقي الصور لأنه في معناه.

وأما كونه يصح في الحدود في إثباتها واستيفائها؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» (٥). وكله في الإثبات والاستيفاء.

وقال أبو الخطاب في الهداية: لا يجوز التوكيل في إثباتها لأنها تسقط بالشبهات. ونصر المصنف في المغني الأول للحديث.

---

(١) ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) في هـ: وعند.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٩٣٧) ٦: ٢٦٨٥ كتاب التوحيد، باب ما جاء في دعاء النبي صلى الله عليه وسلم أمته إلى توحيد الله.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩) ١: ٥٠ كتاب الإيمان، باب الدعاء إلى الشهادتين وشرائع الإسلام.

---

[١] الممتع ٢/٦٧٣

(٤) في هـ: في.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٩٠) ٢: ٨١٣ كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٩٧) ٣: ١٣٢٥ كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنى.." [١]

"ولأن الحاكم إذا استناب دخل في ذلك إثبات الحدود، وإذا دخل ذلك في التوكيل بطريق العموم؛ فلأن يدخل بطريق الخصوص بطريق الأولى.

وأما كون الاستيفاء يجوز في حضرة الموكل؛ فكسائر الحقوق.

وأما في غيبته فينظر فيه فإن كان ذلك في زنا وشبهه جاز؛ لأنه لا يحتمل العفو حتى يدرأ بالشبهة، وإن كان في قصاص أو حد قذف فالمذهب جوازه أيضا؛ لأن ما جاز للوكيل استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته. دليله حد الزنا وسائر الحقوق.

وقال بعض الأصحاب: لا يجوز؛ لأنه يحتمل أن يعفو عنه حال غيبته فيسقط، وهذه شبهة تمنع من استيفائه.

ولأن العفو مندوب إليه فإذا حضر جاز أن يرحمه فيعفو عنه.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: ظاهر المذهب جواز الاستيفاء لما ذكر. وأجاب عن احتمال العفو بأن الأصل عدمه. وهو بعيد فلا يؤثر. ألا ترى أن قضاة رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد بالحدود مع احتمال النسخ.

قال: (ولا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه إلا بإذن الموكل. وعنه: يجوز. وكذلك الوصي والحاكم. ويجوز توكيله فيما لا يتولى مثله بنفسه [أو يعجز عنه لكثرته).

أما كون الوكيل لا يجوز له التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه] (١) إذا لم يأذن الموكل له في ذلك على المذهب؛ فلأنه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه إذنه له لكونه يتولى مثله.

وأما كونه يجوز (٢) له ذلك على رواية؛ فلأنه وكيله فملك ذلك كما لو وكله فيما لا يتولى مثله.

قال المصنف في **المغني**: والأول أولى؛ لما ذكر.

ولأنه استئمان فلم يكن له أن يوليه غيره مع إمكان فعله بنفسه كالوديعة.

---

(١) الممتع ٢/٦٧٤

(١) ساقط من هـ.

(٢) في و: لا يجوز.." [١]

"وأما كونه يجوز له ذلك فيما لا يتولى مثله بنفسه لكونه دنيئا والوكيل شريفا لا يليق به أن يباشر ذلك، وفيما يعجز عنه لكثرته رواية واحدة؛ فلأن حال الوكيل وكثرة الموكل فيه قرينة صارفة للوكالة إلى ذلك. وظاهر كلام المصنف جواز التوكيل في الكل إذا كان كثيرا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فجاز في كله كما لو أذن في التوكيل بلفظه.

وقال القاضي: وعندي أنه يوكل فيما زاد على ما يتمكن من فعله؛ لأن التوكيل إنما جاز للكثرة فاختص بذلك بخلاف التوكيل بالإذن.

وأما كونه يجوز له التوكيل إذا أذن له الموكل فيه رواية واحدة؛ فلأنه عقد أذن له فيه فكان له ذلك عملا بالإذن.

فإن قيل: فإن نهاه عن ذلك؟

قيل: لا يجوز له التوكيل رواية واحدة عملا بالنهي.

وأما كون حكم الوصي والحاكم حكم الوكيل؛ فلأن كل واحد متصرف بالإذن. أشبه الوكيل.

وقال المصنف في **المغني** في باب الوكالة بعد ذكر الوكيل: قال أصحابنا: الحكم في الوصي يوكل فيما أوصي به إليه، وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية هل له أن يستنيب غيره؟ حكم الوكيل على التفصيل الذي ذكرناه سواء. ثم قال: إلا أن القاضي قال: المنصوص في رواية مهنا جواز ذلك. وقال فيه أيضا في باب المصراة بعد قوله: ويتجر الوصي بمال اليتيم: قال القاضي: يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه وما لا يتولى مثله بنفسه، فأما الوكيل فهل له أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه على روايتين. والفرق بينهما: أن الوكيل يمكنه الاستئذان بخلاف الوصي. ثم قال: قال أبو بكر: في الوصي روايتان كالوكيل. فحاصل ذلك أن المصنف نقل في موضع الفرق بين الوصي والوكيل، وفي موضع آخر التسوية بينهما.

فعلى القول بالتسوية لم يحتج إلى ذكر الفرق، وعلى القول بالفرق فقد نبه المصنف رحمه الله عليه فيما تقدم.." [٢]

---

(١) الممتع ٢/٦٧٥

(٢) الممتع ٢/٦٧٦

"قال: (ويجوز توكيل عبد غيره بإذن سيده، ولا يجوز بغير إذنه. وإن وكله بإذنه في شراء نفسه من سيده فعلى وجهين).

أما كون عبد الغير يجوز توكيله بإذن سيده؛ فلأن العبد ممنوع من التصرف لحق السيد فإذا أذن له جاز أن يوكل كالحر.

ولأن الوكالة نفع. فجازت بإذن السيد؛ كالتجارة ونحوها.

وأما كونه لا يجوز بغير إذنه سيده؛ فلأن منافعه مملوكة فلا يجوز صرفها في شيء إلا بإذنه.

وأما كونه يجوز توكيله (١) بإذنه في شراء نفسه من سيده على وجه؛ فلأنه لو وكله أن يشتري من مولاه عبدا غيره صح فكذا إذا وكله في شراء نفسه كالمرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز توكيلها في طلاق نفسها.

وأما كونه لا يجوز على وجه؛ فلأن يد العبد كيد السيد بدليل أنه يحكم لماله الذي في يد عبده بما يحكم لماله الذي في يده فكأنه إذا قد وكل السيد في الشراء من نفسه.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: هذا الوجه لا يصح لأنه لو وكله في الشراء من نفسه جاز لأن الولي في النكاح يجوز أن يتولى طرفي العقد فكذا هاهنا.

قال: (والوكالة عقد جائز من الطرفين لكل واحد منهما فسخها. وتبطل بالموت والجنون والحجر للسفه. وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة. ولا تبطل بالسكر والإغماء والتعدي. وهل تبطل بالردة وحرية عبده؟ على وجهين).

أما كون الوكالة من العقود الجائزة من الطرفين؛ فلأنها من جهة الموكل إذن، ومن جهة الوكيل بدل نفع، وكلاهما جائز: أما الأول فكما لو أذن في أكل طعامه، وأما الثاني؛ فلأنه في معناه.

وأما كون كل واحد من الموكل والوكيل له فسخ الوكالة؛ فلأن ذلك شأن العقود الجائزة من الطرفين. وقد تقدم دليله.

---

(١) في هـ: توكله.." [1]

"وأما كونها تبطل بالموت والجنون والحجر للسفه؛ فلأن الوكيل يتصرف بطريق النيابة عن الموكل فإذا خرج الموكل عن أهلية التصرف بطلت نيابته.

---

(١) الممتع ٦٧٧/٢

ولأن الوكالة تعتمد الحياة والعقل وعدم الحجر فإذا انتفى ذلك انتفت صحة الوكالة لانتفاء ما تعتمد عليه.
وقول المصنف رحمه الله: "والحجر للسفه" مشعر بأن الحجر لغير السفه لا يبطل الوكالة.
وقال في **المغني**: وإذا حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها فإنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف، وإن حجر على الموكل نظرت في الوكالة فإن كانت في أعيان ماله بطلت؛ لانقطاع تصرفه فيها. وإن كانت في الخصومة، أو في الشراء في الذمة، أو الخلع، أو الطلاق، أو القصاص، فالوكالة بحالها؛ لأن الموكل أهل لذلك حينئذ.
وأما كون كل عقد جائز كالشركة والمضاربة ونحوهما كالوكالة فيما ذكر من البطلان وغيره؛ فلأن الكل مشترك معنى فكذا يجب أن يكون حكما.
وأما كونها لا تبطل بالسكر والإغماء؛ فلأن من اتصف بذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا يثبت عليه بذلك ولاية.
وأما كونها لا تبطل بالتعدي مثل أن يلبس الوكيل الثوب الموكل في بيعه؛ فلأن تصرفه في البيع تصرف بإذن موكله. أشبه ما لو لم يتعد فيه.
ولأن الوكالة اقتضت الأمانة والإذن فإذا بطلت الأمانة بالتعدي كان الإذن في التصرف باقيا.
وأما كونها لا تبطل بالردة على وجه فقال المصنف في **المغني**: فإن كانت من الوكيل فلا تبطل الوكالة؛ لأن ردته لا تؤثر في تصرفه وإنما تؤثر في ماله، وإن كانت من الموكل ففيها وجهان مبنيان على صحة تصرف المرتد في ماله: فإن قيل: تصح فالوكالة بحالها، وإن قيل: لا تصح بطلت الوكالة؛ لأن النائب يحذو حذو المنيب.
وأما كونها لا تبطل بحرية عبده على وجه؛ فلأن كل شيء لا يمنع ابتداء الوكالة لا يمنع استدامتها.." [1]
"ولأن الوكيل تلحقه التهمة في البيع لنفسه ويتنافى الغرضان في البيع لنفسه؛ لأن بيعه بالوكالة يقتضي الحرص على كثرة الثمن وبيعه لنفسه يقتضي أخذه رخيصا.
وأما كونه يجوز له ذلك على رواية إذا زاد على ما بذل فيه أو وكل شخصا في البيع؛ لأنه إذا كان كذلك حصل غرض الموكل من الثمن فجاز كما لو باعه لأجنبي.
فإن قيل: كيف يوكل في البيع وليس للوكيل أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه على الصحيح؟
قيل: ذكر المصنف هذا الإشكال في **المغني** وأجاب عنه بأن التوكيل فيما لا يتولى مثله جائز والنداء مما

---

(١) الممتع ٢/٦٧٨

لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الوكلاء بنفوسهم. وفيه نظر؛ لأن الوكيل إذا جاز له أن يعطي ما وكل فيه لمن ينادي عليه لما ذكر فالعقد لا بد له من عاقد ومثله يتولاه فلا يجوز أن يوكل فيه غيره. ويمكن التخلص من ورود هذا الإشكال بأن يجعل بدل التوكيل في البيع التوكيل في الشراء.

وأما كونه لا يجوز له أن يبيعه لوَلده أو والده (١) أو مكاتبه على وجه؛ فلأنه متهم في حقهم وفي الميل إلى ترك الاستقصاء في الثمن عليهم. أشبه ما لو باعه لنفسه.

وأما كونه يجوز له ذلك على وجه؛ فلأنهم غيره وقياسهم عليه لا يصح؛ لأن التهمة في حقهم أقل.

قال: (ولا يجوز أن يبيع نسأ ولا بغير نقد البلد. ويحتمل أن يجوز كالمضارب).

أما كون الوكيل لا يجوز أن يبيع مال موكله نسأ ولا بغير نقد البلد على المذهب؛ فلأن الموكل لو باع بنفسه وأطلق انصرف إلى الحال وإلى نقد البلد. فكذلك إذا وكل وجب أن تنصرف الوكالة إليهما وإذا انصرفت إليهما لم يملك الوكيل التصرف بغيرهما؛ لأن عقد الوكالة لم يقتضه.

وأما كونه يحتمل أن يجوز فبالقياس على المضارب، وفي جواز بيع المضارب بذلك روايتان يأتي ذكرهما ودليلهما في باب المضاربة (٢).

---

(١) في و: لوالده أو والده.

(٢) ر ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"وقال المصنف في **المغني**: يمكن الفرق بينهما من حيث إن المقصود في المضاربة الربح والربح في النسأ أكثر ولا يتعين في الوكالة ذلك (١) بل ربما كان المقصود تحصيل الثمن لدفع حاجته.

ولأن استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر النسأ عليه واستيفاء الثمن في الوكالة على الموكل فيعود ضرر الطلب عليه وهو لم يرض به.

قال: (وإن باع بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدره له صح وضمن النقص. ويحتمل أن لا يصح).

أما كون بيع الوكيل ما وكل في بيعه بدون ثمن المثل أو بأنقص مما قدره له الموكل يصح على المذهب؛ فلأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه. دليله المريض.

وأما كونه يضمن النقص؛ فلأن الاحتياط وطلب الحظ واجب عليه فيجب عليه تكملة ثمن مثله لأنه فوته عليه.

---

(١) الممتع ٢/٦٨٠

وأما كونه يحتمل أن لا يصح؛ فلأن العرف يقيد الوكالة بثمن المثل فإذا باع بدونه لم يصح؛ لأنه غير مأذون فيه. أشبه بيع الأجنبي.

قال المصنف في **المغني**: وعن أحمد ما يدل على أن العقد باطل وهو الصحيح.

ومعناه والله أعلم أن ذلك هو الصحيح عنده لما ظهر له من الدليل؛ لأن الصحيح في المذهب أنه صحيح ويضمن النقص لما تقدم.

ولأن فيه جمعا بين حظ المشتري بعدم الفسخ وبين حظ البائع بوجوب التضمين.

وأما الوكيل فلا يعتبر حظه؛ لأنه مفرط.

قال: (وإن باع بأكثر منه صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمره به أو لم تكن. وإن قال: بعه بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين. وإن قال: بعه بألف نسأ فباعه بألف حالة صح إن كان لا يستضر بحفظ الثمن في الحال).

أما كون بيع الوكيل بأكثر [من ثمن المثل أو بأكثر] (٢) مما قدره الموكل له يصح؛ فلأنه باع بالمأذون فيه وزاده خيرا.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.." [1]

"قيل: على اختيار المصنف في **المغني** لا إشكال لأنه صحح عدم صحة البيع فهو كالشراء، وعلى المذهب في الفرق عسر.

وأما كونه لا يصح بيع الوكيل نصف الشيء الموكل في بيع كله؛ فلأن على الموكل ضررا في بيع بعضه. أشبه ما لو وكله في شراء شيء فاشترى نصفه.

ولا بد أن يلحظ في بيع النصف المذكور أن لا يكون الوكيل باعه بثمن الكل فإن باعه بثمن الكل صح. ذكره المصنف في **المغني** لأنه مأذون فيه من جهة العرف. لأن من يرضى بمائة ثمنا للكل مثلا يرضى بها ثمنا للنصف.

ولأنه حصل له المطلوب وأبقى له زيادة تنفعه.

ولذلك ألحقه بعض الأصحاب المأذون له في ذلك بالأصل.

---

(١) الممتع ٢/٦٨١

ولا بد أن يلحظ في ذلك أن يكون في بيع البعض ضرر كالعبد الذي يتشقص ببيع بعضه فإن لم يكن فيه ضرر كالحنطة صح لأن العلة الضرر ولا ضرر هاهنا.

قال: (وإن اشتراه بما قدر (١) له مؤجلا، أو قال: اشتر لي شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي إحداهما دينارا أو ا شترى شاة تساوي دينارا بأقل منه صح، وإلا لم يصح).

أما كون شراء الوكيل بما قدر الموكل له مؤجلا يصح فلما ذكر من أنه زاده خيرا.

وأما كونه يصح شراءه شاتين تساوي إحداهما دينارا بدينار إذا وكل في شراء شاة بذلك فلما روى عروة بن الجعد «أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا فقال: اشتر لنا شاة. قال: فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار. فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار. فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة. فقلت: يا رسول الله! هذا ديناركم وهذه شاتكم. قال: فحدثته الحديث. قال: اللهم! بارك له في صفقة يمينه» (٢). رواه البخاري بمعناه.

---

(١) في و: قدره.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٤٤٣) ٣: ١٣٣٢ كتاب المناقب، باب سؤال المشركين أن يريهم النبي صلى الله عليه وسلم آية ...

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣٨٤) ٣: ٢٥٦ كتاب البيوع، باب في المضارب يخالف.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٥٨) ٣: ٥٥٩ كتاب البيوع، باب.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠٢) ٢: ٨٠٣ كتاب الصدقات، باب الأمين يتجر فيه فيربح.." [١]

"وأما كونه يصح على وجه؛ فلأن عزل الوكيل لا يحصل إلا بعد علمه به على رواية فيكون الرد حينئذ صادف ولاية.

قال: (وإن وكله في شراء معين فاشتراه ووجده معيبا فهل له الرد قبل إعلام الموكل؟ على وجهين).

أما كون الوكيل له الرد على وجه؛ فلأن الإذن يقتضي السلامة. أشبه ما لو وكله في شراء موصوف.

وأما كونه ليس له ذلك على وجه؛ فلأن الموكل قطع نظره واجتهاده بالتعيين.

قال: (وإن قال: اشتر لي بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل، وإن قال اشتر لي في ذمتك وأنقد الثمن فاشترى بعينه صح).

---

(١) الممتع ٦٨٣/٢

أما كون الموكل لا يلزمه ما اشتراه الوكيل في ذمته مع تعيين (١) الموكل الثمن؛ فلأنه إذا تعين الثمن فسخ العقد بتلفه فلم يلزمه ثمن في ذمته، وفي هذا غرض صحيح فلا تجوز مخالفته، ولا يلزم قبوله لعدم تناول أمره له لفظا وعرفا.

وأما كون شراء الوكيل بعين الثمن يصح إذا قال الموكل: اشتر لي في ذمتك وأنقد الثمن؛ فلأن الموكل أمره بعقد يلزمه الألف مع بقاء الألف وتلفها، وقد عقد عقدا يلزمه الألف مع البقاء دون التلف.

قال المصنف في **المغني**: ويحتمل أن لا يصح لأنه قد يكون له غرض في الشراء في الذمة لكون المال فيه شبهه لا يحب أن يقع العقد به، أو يحب أن يقع العقد على وجه لا ينفسخ بالتلف فلا يجوز مخالفة غرضه.

قال: (فإن أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في سوق آخر صح. وإن قال: بعه لزيد فباعه من غيره لم يصح).

أما كون البيع يصح إذا قال: بعه في سوق كذا بكذا فباعه بذلك في آخر؛ فلأن الغرض البيع بما قدره له وقد حصل.

---

(١) في هـ: تعين.." [1]

"وأما كونه لا يصح إذا قال: بعه لزيد فباعه من غيره؛ فلأنه قد يقصد نفع زيد أو نفع المبيع بايصاله إليه فلا يجوز مخالفته.

قال: (وإن وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه إلا بقرينة، فإن تعذر قبضه لم يلزم الوكيل شيء).

أما كون الوكيل في بيع شيء يملك تسليمه؛ فلأن العرف يقتضيه.

ولأنه من تمام العقد وحقوقه ولا يلحقه تهمة في تسليمه.

وأما كونه لا يملك قبض الثمن مع عدم القرينة؛ فلأن اللفظ لا يتناوله ولا قرينة تدل عليه فلم يملكه كما لو لم يوكله.

ولأن الموكل قد يرضى للبيع من لا يرضاه للقبض.

وقال المصنف في **المغني**: ويحتمل أن يكون له قبض الثمن لأنه موجب عقد البيع.

وأما كونه يملك القبض مع القرينة؛ فلأن القرينة تجري مجرى التصريح. فكذلك هاهنا.

---

(١) الممتع ٢/٦٨٥

وأما كونه لا يلزمه شيء إذا تعذر قبض الثمن؛ فلأنه ليس بمفرط لكونه لا يملكه.

قال: (وإن وكله في بيع فاسد أو كل قليل وكثير لم يصح. وإن وكله في بيع ماله كله صح. وإن قال: اشتر لي ما شئت أو عبدا بما شئت لم يصح حتى يذكر النوع وقدر الثمن. وعنه: ما يدل على أنه يصح).

أما كون التوكيل في البيع الفاسد لا يصح؛ فلأن الله تعالى لم يأذن فيه فكان وجود التوكيل فيه كعدمه.

وأما كونه لا يصح في كل قليل وكثير؛ فلأن فيه غررا عظيما وخطرا كبيرا وربما باع كل ماله المحتاج إليه وغيره فيتضرر به ويعظم ضرره.

وأما كونه يصح في بيع ماله كله؛ فلأنه يعرف ماله فيقل الضرر.

وأما كونه إذا قال: اشتر لي ما شئت أو عبدا بما شئت ولم يذكر النوع وقدر الثمن لا يصح على المذهب؛ فلأن ما يمكن شراؤه ويمكن الشراء به يكثر فيكثر الغرر.." [١]

"قال: (وإن وكله في قبض الحق من إنسان لم يكون (١) له قبضه من وارثه، وإن قال: اقبض حقي الذي قبله فله القبض من وارثه، وإن قال: اقبضه اليوم لم يملك قبضه غدا).

أما كون الوكيل في قبض الحق من إنسان لا يكون له قبضه من وارثه؛ فلأن الوكيل إنما يتصرف بالإذن فإذا لم يكن إذن وجب المنع من القبض لزوال صحة التصرف.

وأما كونه له القبض منه إذا قال: اقبض حقي الذي قبله؛ فلأن الوكالة تعم قبض حقه مطلقا فتشمل القبض من الوارث لأنه من حقه.

وأما كونه لا يملك قبضه غدا إذا قال له: اقبضه اليوم؛ فلأنه ليس توكيل فيه لأن الوكالة مقيدة بزمان فإذا انقضى زالت الوكالة.

قال: (وإن وكله في الإيداع فأودع ولم يشهد لم يضمن، وإن وكله في قضاء دين فقضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكل).

أما كون الوكيل في الإيداع لا يضمن إذا أودع ولم يشهد على المودع؛ فلأن القول قول المودع في الرد والهلاك فلم يكن الوكيل مفرطا في عدم الإشهاد.

وأما كون الوكيل في قضاء الدين يضمن إذا قضاه ولم يشهد وأنكر الغريم ولم يكن القضاء بحضرة الموكل؛ فلأنه مفرط حيث لم يشهد.

ولأنه أذن له في قضاء دين مبرئ ولم يوجد.

---

(١) الممتع ٢/٦٨٦

وظاهر هذا أنه يضمن سواء صدقه الموكل أو كذبه، وصرح به المصنف في **المغني** ونسبه إلى القاضي؛ لما ذكر من التفريط.

وأما كونه لا يضمن إذا قضاه بحضرة الموكل؛ فلأن التفريط من الموكل حيث لم يشهد ولم يأمره بالإشهاد.

---

(١) في هـ: لا يكن.." [1]

"فصل [في أحكام الوكالة]

قال المصنف رحمه الله: (والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط. والقول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط. ولو قال: بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف فالقول قوله).

أما كون الوكيل أمينا لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط؛ فلأنه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك، فجرى مجرى المودع والمضارب والشريك والوصي وشبههم.

ومفهوم قوله: بغير تفريط وجوب الضمان إذا فرط؛ مثل: أن لا يحفظه في حرز مثله، وما أشبه ذلك. وصرح به في **المغني** لأنه مفرط فلزمه الضمان لتفريطه. ومثل التفريط التعدي فيما وكله فيه؛ مثل: أن يركب الدابة أو يلبس الثوب أو يطلب منه المال فيمتنع من دفعه لغير عذر لأن التعدي أبلغ من التفريط.

وأما كون القول قوله مع يمينه في الهلاك ونفي التفريط؛ فلأنه أمين.

ولأن الأصل براءة ذمته مما يدعى عليه.

وأما ذونه يقبل قوله إذا قال: بعت الثوب وقبضت الثمن فتلف؛ فلأنه أمين.

ولأنه يتعذر إقامة البينة على ذلك فلا (١) يكلفها كالمودع.

ولأنه لو كلف إقامة البينة على ذلك لامتنع الناس من الدخول في الوكالة مع دعوى الحاجة إليها.

وقال القاضي: إذا ادعى الهلاك بأمر ظاهر كالحريق والنهب وشبههما كلف إقامة البينة على ذلك، وقبل قوله في نفس التلف.

---

(١) ساقط من هـ.." [2]

---

(١) الممتع ٢/٦٨٨

(٢) الممتع ٢/٦٨٩

"قال: (وإن اختلفا في رده إلى الموكل فالقول قوله إن كان متطوعا، وإن كان بجعل فعلى وجهين. وكذلك يخرج في الأجير والمرتهن).

أما كون القول قول الوكيل بغير جعل في الرد؛ فلأنه قبض المال لمنفعة [مالكه فقط فقبل قوله في الرد؛ كالمودع.

وأما كون الوكيل بجعل لا يقبل قوله على وجه؛ فلأنه قبض المال لمنفعة] (١) نفسه. أشبه المستعير.

وأما كونه يقبل على وجه؛ فلأنه لا منفعة له في العين المقبوضة لأن منفعته بالجعل دونها.

وأما كون الأجير والمرتهن يخرج فيهما ما ذكر في الوكيل بجعل؛ فلاشتراك الكل في قبض العين لمنفعة القابض.

قال: (وإن قال: أذنت لك في البيع (٢) نسأ وفي الشراء بخمسة فأنكره فعلى وجهين).

أما كون القول قول المالك في النسأ ومقدار الثمن على وجه؛ فلأن القول قوله في أصل الوكالة. فكذلك في صفتها.

وأما كون القول قول الوكيل على وجه؛ فلأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالخياط.

قال: (وإن قال: وكلتني أن أتزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكره فالقول قول المنكر بغير يمين. وهل يلزم الوكيل نصف الصداق؟ على وجهين).

أما كون القول قول المدعى عليه الوكالة؛ فلأنه منكرها والأصل معه.

وأما كون ذلك بغير يمين؛ فلأن الوكيل بعد العقد يدعي حقا لغيره لا لنفسه. ومقتضى هذا التعليل أن المرأة لو ادعته وجبت (٣) اليمين. وصرح به المصنف في **المغني**؛ لأنه يحتمل كونها صادقة فيستحلف لذلك.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: أذنت لي البيع.

(٣) ساقط من هـ.." (١)

"وأما كون من ضمنه لا يرجع على الآخر؛ فلأن كل واحد منهما يدعي أن ما يأخذه المالك ظلم، ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد والظلم لا يرجع به من (١) ظلم على غيره.

قال: (وإن كان ادعى أن صاحب الحق أحاله به ففي وجوب الدفع إليه مع التصديق، واليمين مع الإنكار

---

(١) الممتع ٢/٦٩٠

وجهان).

أما كون الدفع لا يجب مع التصديق على وجه؛ فلأنه معترف أن الحق له لا لغيره. أشبه الوارث.

قال المصنف في **المغني**: الأول أشبه؛ لأن العلة في جواز منع الوكيل كون الدافع لا يبرأ، وهي موجودة هاهنا، والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقا والدافع إليه يبرأ وهذا متخلف هاهنا فإلحاقه بالوكيل أولى.

وأما كون اليمين تجب مع الإنكار على وجه ولا تجب على وجه فمخرج على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق وعدم وجوبه.

قال: (وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه لزمه الدفع إليه مع التصديق، واليمين مع الإنكار).

أما كون المدعى عليه ما ذكر يلزمه الدفع مع التصديق؛ فلأنه مقر له بالحق فلزمه الدفع كما لو جاء صاحب الحق.

وأما كونه يلزمه اليمين مع الإنكار؛ فلأن الدفع واجب، واليمين على نفي العلم؛ لأنها على فعل الغير.

---

(١) في هـ: على من.." [1]

"قال: (ولا تصح إلا بشرطين:

أحدهما: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير. وعنه: تصح بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد. وهل تصح بالمغشوش والفلوس؟ على وجهين).

أما كون شركة العنان لا تصح إلا بشرطين فلما يأتي ذكره فيهما.

وأما كون أحد الشرطين: أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير على المذهب؛ فلأن الشركة بغير ذلك: إما أن تقع على الأعيان، أو على القيمة، أو على الثمن. والأول باطل لأن العقد يقتضي الرجوع عند المفاصلة برأس المال ولا مثل له فيرجع به، والثاني مثله لأن القيمة [قد تزيد بحيث يستوعب جميع الربح وقد تنقص بحيث يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح.

ولأن القيمة] (١) غير متحققة المقدار فيفضي إلى التنازع.

والثالث مثله لأن الثمن معدوم حال العقد.

وأما كونها تصح بالعروض (٢) على رواية؛ فلأن مقصود الشركة أن يملك كل واحد منهما نصف مال الآخر

---

(١) الممتع ٢/٦٩٣

وينفذ تصرفهما فيه، وهذا موجود في العروض فوجب أن يصح فيهما كالأثمان.

فعلى هذا يقوم وقت العقد وتجعل القيمة رأس المال ليتمكن العامل من رد رأس المال عند التفاصل.

والأول المذهب. قاله المصنف رحمه الله في **المغني**. وفيما تقدم تنبيه على الفرق بين الأثمان والعروض فلا يصح قياسها عليه.

وأما كون الشركة بالمغشوش والفلوس لا تصح على وجه؛ فلأن المغشوش لا ينضبط غشه فلا يمكن رد مثله، والفلوس تزيد وتنقص قيمتها. أشبهت العروض.

وأما كونها تصح على وجه؛ فلأن المغشوش يصير غشه كالمستهلك، والفلوس تشبه الثمن. ولهذا منع الإمام رضي الله عنه من السلم فيها.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.." [1]

"قاله نظر نقلا ودليلا: أما النقل فذكر المصنف في **المغني** كلاما يتضمن صحة العقد إذا لم يذكرا الربح فقال جوابا عن قول الشافعي رحمه الله: الربح على قدر المال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالخسران: أما حالة الإطلاق فإنه لما لم يكن شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال فإذا وجد الشرط فهو الأصل. وهذا يتضمن صحة العقد مع عدم الاشتراط من وجهين:

أحدهما: أنه لم يجبه بالمنع.

والثاني: أنه قسم الربح على قدر المال ولم يذكر الرجوع بأجرة العمل على وجه.

وقال في موضع آخر: والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في معرفة ما لكل واحد منهما من الربح.

ثم قال: إلا أنهما إذا أطلقا الربح اقتضى أن يكون بينهما على قدر المالين وشركة الوجوه على قدر ملكيهما في المشترى لأن لهما أصلا يرجع إليه ويقدر الربح به بخلاف المضاربة.

وأما الدليل فما ذكره المصنف من أن رأس المال في الشركة يتقدر به الربح فلا يؤدي إلى المنازعة بخلاف المضاربة فإنه إذا لم يكن يذكر نصيب العامل من الربح أدى إلى جهالة ما يستحقه العامل من الربح؛ لأنه لا مال له يرجع في نصيبه إليه.

قال: (ولا يشترط أن يخلطا المالين، ولا أن يكونا من جنس واحد).

---

(١) الممتع ٢/٦٩٧

أما كون الشركة لا يشترط فيها أن يخلط الشريكان المالين؛ فلأنه (١) عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة، أو يقال: عقد على (٢) التصرف فلم يكن من شرطه الخلط؛ كالوكالة.

وأما كونها لا يشترط فيها أن يكونا من جنس واحد؛ فلأنهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد.

فعلى هذا يصح أن يخرج الواحد دراهم والآخر دنانير وإذا أرادا القسمة أخذ صاحب الدراهم دراهمه وصاحب الدنانير دنانيره ثم يقتسمان ما فضل بشرطه.

---

(١) في هـ: فلأنها.

(٢) في هـ: يفيد.." [1]

"فصل [في أحكام شركة العنان]

قال المصنف رحمه الله: (ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع، ويشتري، ويقبض، ويقبض، ويطالب بالدين، ويخاصم فيه، ويحيل، ويحتال، ويرد بالعيب، ويقر به، ويقايل، ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتهما).

أما كون كل واحد من الشريكين يجوز له البيع والشراء؛ فلأنه بالنسبة إلى شريكه وكيل، فملكهما كالوكيل.

وأما كونه يجوز له القبض والإقباض؛ فلأنه مؤتمن في ذلك فملكهما. بخلاف الوكيل في قبض الثمن لما تقدم (١) فإنه قد لا يأتمنه.

وأما كونه يجوز له المطالبة بالدين والمخاصمة فيه؛ فلأن من ملك قبض شيء ملك المطالبة به والمخاصمة فيه. دليله ما لو وكله في قبض دينه.

وأما كونه يجوز له الحوالة والاحتيال؛ فلأنهما عقد معاوضة وهو يملك المعاوضة.

وأما كونه يجوز له الرد بالعيب؛ فلأن الوكيل يرد به فالشريك بطريق الأولى.

وأما كونه يجوز له الإقرار بالعيب؛ فلأن الوكيل يقبل إقراره على موكله بذلك. نص عليه لأنه تولى بيع السلعة فقبل إقراره بالعيب كمالكها.

وأما كونه يجوز له المقايلة؛ فلأنها قد يكون الحظ فيها. وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه يجوز له الإقالة مطلقا.

وقال في **المغني**: إن قلنا هي بيع ملكها؛ لأنه يملك البيع وإن قلنا هي فسخ لم يملكها لأن الفسخ ليس

---

(١) الممتع ٢/٦٩٩

من التجارة. ثم قال: وقد ذكرنا أن الصحيح أنها فسخ فلا يملكها.

وأما كونه يجوز له فعل كل ما هو من مصلحة التجارة؛ فلأن ذلك عادة التجار، وقد أذن له في التجارة.

---

(١) ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"هذا ربحه له وضمانه عليه؛ لأنه لم يقع للشركة فكان ربحه له وضمانه عليه كما لو لم ينوه للشركة.

وأما كونه له أن يستدين على الشركة إذا أذن له شريكه في ذلك؛ فلأنه مأذون له في ذلك. أشبه البيع والشراء.

فعلى هذا يكون ربحه لهما وضمانه عليهما كسائر أموال الشركة.

قال: (وإن أخر حقه من الدين جاز. وإن تقاسما الدين في الذمة لم يصح في إحدى الروايتين. وإن أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه. وكذلك إن أقر بمال. وقال القاضي: يقبل إقراره على مال الشركة).

أما كون الشريك يجوز له أن يؤخر حقه من الدين؛ فلأنه إسقاط لحقه من المطالبة فجاز أن ينفرد به كالإبراء.

وأما كون الشريكين إذا تقاسما الدين في الذمة -وهو: أن يكون على جماعة دين فيتفق الشريكان على أن يكون لأحدهما ما على فلان وللآخر ما على فلان-: لا يصح في رواية؛ فلأن الذمم لا تتكافأ ولا تتعادل والقسمة تقتضي التعادل وإذا لم يحصل التعادل تكون القسمة بمنزلة البيع، وبيع الدين بالدين لا يجوز.

وأما كونه يصح في رواية؛ فلأن الاختلاف لا يمنع القسمة قياسا على اختلاف الأعيان.

وقول المصنف رحمه الله: في الذمة ظاهر في الذمة الواحدة كإنسان عليه دين لهما، ويجوز أن يشمل ما فسرناه أولا، ويجب حمله عليه؛ لأنه قال في **المغني** بعد ذكر قسم ما في الذمم: هذا إذا كان في ذمم فأما في الذمة الواحدة فلا يمكن القسمة؛ لأن معنى القسمة إفراز، ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة.

وأما كون الشريك تلزمه البراءة في حقه دون صاحبه فيما إذا أبرأ من الدين؛ فلأن شريكه إنما أذن له في التجارة وليس الإبراء داخلا فيها.

وأما كون حكم إقراره بمال حكم إبرائه من الدين على المذهب؛ فلما ذكر في الإبراء.." [٢]

---

(١) الممتع ٢/٧٠١

(٢) الممتع ٢/٧٠٣

"وأما كونه يقبل إقراره على مال الشركة على قول القاضي؛ فلأنه يجوز له الشراء نسأ وهو إقرار ببقاء الثمن.

قال: (وعلى كل واحد منهما أن يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه. فإن استأجر من يفعل ذلك فالأجرة عليه. وما جرت العادة أن يستنيب فيه فله أن يستأجر من يفعله. فإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين).

أما كون كل واحد من الشريكين عليه أن يتولى ما جرت عادة الشريك أن يتولاه؛ فلأن ذلك هو المعتاد فحمل الإطلاق عليه كالحرز والقبض.

وأما قول المصنف: من نشر الثوب وطيه وختم الكيس وإحرازه فبيان لصور جرت العادة أن يتولاها كل واحد من الشريكين.

وأما كون الأجرة عليه إذا استأجر من يفعل ذلك؛ فلأن العمل عليه. فكذلك بدله.

وأما كونه له أن يستأجر من يفعل ما جرت العادة أن يستنيب فيه كالنداء وحمل المتاع ونحوهما؛ فلأن العادة لم تجر بفعل الشريك ذلك بنفسه، ولا بد من فعله لأن الحاجة تدعو إليه.

فعلى هذا إن فعله متبرعا فلا شيء له، وإن فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا شيء له؛ كما لو فعله متبرعا.

والثاني: له ذلك لأنه فعل ما لا بد من فعله فاستحق الأجرة عليه كما لو دفعه إلى من يفعله.

وحكى المصنف في **المغني** هذين الوجهين روايتين ثم قال: والصحيح أنه لا شيء له؛ لأنه عمل عملا في مال غيره لم يجعل له في مقابلته شيء. فلم يستحق شيئا؛ كالأجنبي.." [١]

"قيل: هو أن صاحب الشجر والأرض إذا قال: الثمرة أو الزرع بيننا فالثمرة أو الزرع بينهما نصفين، وإذا قال: لك ثلث ذلك صح والباقي لرب الشجرة أو الأرض، وإذا قال: ولي ثلث ذلك فعلى وجهين.

وأما كون حكم المضاربة حكم الشركة فيما تقدم ذكره؛ فلاشتراكهما في التصرف بالإذن.

وأما كون الربح لرب المال إذا فسدت المضاربة؛ فلأنه نماء ملكه والعامل إنما يستحق بالشرط فإذا جهل لم يستحق المشروط.

وأما كون العامل له أجرة المثل على المذهب؛ فلأن عمل العامل إنما كان في مقابلة المسمى فإذا لم تصح التسمية وجب رد عمله عليه، وذلك متعذر فوجب له أجرة المثل كما لو اشترى شراء فاسدا فقبضه وتلف.

---

(١) الممتع ٢/٧٠٤

وأما كونه له الأقل من الأجرة أو ما شرط له من الربح؛ فلأنه إن كان الأقل الأجرة فهو لا يستحق غيرها لبطلان الشرط، وإن كان الأقل المشروط فهو قد رضي به.

قال: (وإن شرطا تأقيت المضاربة فهل تفسد؟ على روايتين).

أما كون المضاربة تفسد بشرط تأقيتها على رواية؛ فلأنه شرط ينافي مقتضى العقد.

وأما كونها لا تفسد على رواية؛ فلأن ذلك قد يكون فيه لرب المال غرض صحيح.

فإن قيل: الحكم المذكور داخل فيما تقدم من قوله: وحكم المضاربة حكم الشركة لأنه قال: وفي الشروط. وقد تقدم في الشركة (١): أن من الشروط الفاسدة أن يشترط أن لا يفسخ الشركة مدة بعينها وهو المعني بالتأقيت؟

قيل: ليس الأمر كذلك؛ لأن معناهما (٢) مختلف، ولذلك حكى المصنف رحمه الله الخلاف المذكور في **الكافي** في صحة التأقيت لا في فساد الشرط المتقدم ذكره.

---

(١) ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) في هـ: معناها.." [1]

"فصل

قال المصنف رحمه الله: (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال. فإن فعل صح وعتق وضمن ثمنه. وعنه: يضمن قيمته علم أو لم يعلم.

وقال أبو بكر: إن لم يعلم لم يضمن. ويحتمل أن لا يصح البيع).

أما كون العامل ليس له شراء من يعتق على رب المال؛ فلأن عليه في ذلك ضررا.

ولأن المضاربة عقدت للربح حقيقة أو مظنة وذلك منتف في شراء من ذكر.

وأما كون الشراء يصح إذا فعل ذلك على المذهب؛ فلأنه مال متقوم، قابل للعقود فصح شراء العامل له كما لو اشترى من نذر رب المال حريته إذا ملكه.

وأما كون المشتري يعتق؛ فلأن رب المال ملكه وذلك موجب للعتق لما يأتي في موضعه.

وأما كون العامل يضمن ثمنه على المذهب؛ فلأن التفريط فيه حصل.

وأما كونه يضمن قيمته على رواية؛ فلأنه تلف بفعله. أشبه ما لو قتله.

---

(١) الممتع ٢/ ٧١٠

وأما كونه يضمن علم أو لم يعلم على المذهب؛ فلأن الإتلاف لا فرق فيه بينهما.

وأما كونه لا يضمن على قول أبي بكر إن لم يعلم؛ فلأنه معذور حيث لم يعلم.

والأول أصح. قاله في **المغني** لما تقدم.

وأما كونه يحتمل أن لا يصح البيع؛ فلأن الإذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه، ومن يعتق على رب المال ليس كذلك.

والأول أصح؛ لأن ما ذكر ثانيا ينتقض (١) بشراء من نذر رب المال حريته إذا ملكه.

---

(١) في هـ: ذكرنا يناقض.." [1]

"قال: (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها).

أما كون شراء المضارب من ذكر يصح؛ فلأنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فصح كما لو اشترى أجنبية.

وأما كون النكاح ينفسخ؛ فلأن المرأة دخلت في ملك زوجها وذلك موجب للفسخ لما يأتي.

ولم يذكر المصنف رحمه الله هنا وجوب الضمان على العامل وصرح في **المغني** بأن ما يجب على الزوج يرجع (١) به على العامل إذا كان قبل الدخول لأنه قرره عليه فرجع به عليه كما لو أفسدت المرأة النكاح بالرضاع.

قال: (وإن اشترى من يعتق على نفسه ولم يظهر ربح لم يعتق، وإن ظهر ربح فهل يعتق؟ على وجهين).

أما كون من ذكر لا يعتق مع عدم ظهور الربح؛ فلأن العامل لا يملك العبد وإنما هو ملك رب المال.

وأما كونه يعتق مع ظهور الربح ففيه وجهان مبنيان على أن العامل هل يملك نصيبه من الربح بالظهور أو بالقسمة وفيه روايتان.

فإن قيل: إنه يملكه بالظهور عتق عليه لأنه ملكه بفعله فعتق عليه كما لو اشتراه بماله.

وأطلق المصنف رحمه الله العتق وظاهره عتق كله.

وقال في **المغني**: يعتق عليه بقدر حصته من الربح إن كان معسرا ويقوم عليه باقيه إن كان موسرا.

وعلى اليسار أو أن له من الربح ما يقابل قيمة العبد المعتق يجب حمل كلام المصنف رحمه الله هنا.

وإن قيل: لا يملك إلا بالقيمة لم يعتق عليه لأنه ما ملكه.

---

(١) الممتع ٢/٧١٣

(١) في هـ: ويرجع.." (١)

"وحكى في **المغني** وجها ثالثا: أنه لا يعتق وإن قيل أنه يملك بالظهور؛ لأن الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لأن ملكه لم يتم عليه.

قال: (وليس للمضارب أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على الأول. فإن فعل رد نصيبه من الربح في شركة الأول).

أما كون المضارب ليس له أن يضارب لآخر مع الضرر على الأول؛ فلأن المضاربة تنعقد على الحفظ والنماء، فإذا فعل ما يمنعه من ذلك لم يكن له؛ كما لو أراد التصرف بالعين.

وأما كونه يرد نصيبه من ربح المضاربة الثانية في المضاربة الأولى؛ فلأنه استحق ذلك بالمنفعة التي استحقت بالعقد الأول فكان بينهما كالأول.

وفي تقييد المصنف رحمه الله قوله: وليس للمضارب أن يضارب لآخر بكونه فيه ضرر على الأول إشعار بأنه إذا لم يكن فيه ضرر على الأول له ذلك وهو صحيح؛ لأن المانع الضرر ولا ضرر هنا.

ولأن عقد المضاربة لا يقتضي ملك كل منافع العامل.

قال: (وليس لرب المال أن يشتري من مال المضاربة شيئا لنفسه. وعنه: يصح. وكذلك شراء السيد من عبده المأذون).

أما كون رب المال ليس له أن يشتري من مال المضاربة شيئا لنفسه على المذهب؛ فلأنه ملكه فلم يكن له شراءه؛ كما لو اشترى ذلك من وكيله أو عبده المأذون الذي لا دين عليه.

وأما كونه يصح على رواية؛ فلأنه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراءه؛ كما لو اشترى من مكاتبه.

والأول أصح؛ لما ذكر. والفرق بين مال المضاربة وبين المكاتب أن السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكي ما في يده ويؤخذ منه بالشفعة.

وأما كون شراء السيد من عبده المأذون كشراء رب المال من مال المضاربة؛ فلأن ما ذكر جار فيه.." (٢)

"فإن قيل: ظاهر التشبيه جريان الخلاف في شراء السيد من عبده مطلقا.

قيل: مسلم. لكن يجب حمل الجواز على ما إذا كان عليه دين بقدر قيمته لأن المسألة قد تقدمت في

---

(١) الممتع ٢/٧١٤

(٢) الممتع ٢/٧١٥

باب المأذون مقيدة بذلك.

قال المصنف في **المغني**: والصحيح الأول لما تقدم من أنه ملكه. واستحقاق أخذ ما في يده لا يوجب زوال الملك. دليله مال المفلس.

قال: (وإن اشترى أحد الشريكين نصيب شريكه صح. وإن اشترى الجميع بطل في نصيبه. وفي نصيب شريكه وجهان. ويتخرج أن يصح في الجميع).

أما كون شراء أحد الشريكين نصيب شريكه يصح؛ فلأنه ملك غيره فصح شراؤه له كالأجنبي.

وأما كونه يبطل في نصيبه إذا اشترى الجميع؛ فلأنه ملكه، ولا يصح شراء الإنسان ذلك.

وأما كون نصيب شريكه فيه وجهان فمبنيان على تفريق الصفقة.

وأما كونه يتخرج أن يصح في الجميع فمبني على أن لرب المال الشراء من مال المضاربة. ذكره المصنف في **المغني**.

قال: (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط. فإن شرطها له وأطلق فله جميع نفقته من المأكول والملبوس بالمعروف. فإن اختلفا رجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة، وفي الملبوس إلى أقل ملبوس مثله).

أما كون المضارب ليس له نفقة مع عدم الشرط؛ فلأنه دخل على أنه يستحق من الربح الجزء المسمى فلم يكن له غيره.

ولأنه لو استحق النفقة لأفضى إلى أن يختص بالربح إذا لم يربح سوى ما أنفقه.

وأما كونه له النفقة مع الشرط فلقوله صلى الله عليه وسلم: «المؤمنون على شروطهم» (١) رواه الترمذي. وقال: حديث حسن صحيح.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس.." [1]

"وثالثها: أن ملكه متزلزل لأنه بعرضية أن يخرج عن يده بجبران خسارة المال.

وأما كونه له ذلك مع الإذن؛ فلأن الحق لهما غير خارج عنهما.

وأما كون العامل يملك حصته من الربح قبل القسمة على رواية؛ فلأن الشرط صحيح ويقتضي أن يكون له

---

(١) الممتع ٢/٧١٦

(١) جزء من الربح فإذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط؛ كما يملك المساقي حصته من الثمرة بعد ظهورها، وقياسا على كل شرط صحيح في عقد.

وأما كونه لا يملكها إلا بالقسمة على رواية؛ فلأنه لو ملكها بالظهور لكان ربحها له، ولوجب أن يكون شريكا لرب المال كشريكي العنان.

والأولى أصح.

قال صاحب **المغني** فيه: ظاهر المذهب أنه يملك بالظهور ودليله ما مر.

ولأنه يملك المطالبة بالقسمة فلو لم يكن له ملك لم يملك المطالبة بملك غيره. ولا يمتنع أن يملك وتكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح.

قال: (وإن طلب العامل البيع فأبى رب المال أجبر إن كان فيه ربح، وإلا فلا).

أما كون رب المال يجبر على البيع إذا طلبه العامل وكان في المال ربح؛ فلأن مع الربح له فيه حق فأجبر الممتنع من أدائه؛ كسائر الحقوق.

وأما كونه لا يجبر إذا لم يكن فيه ربح؛ فلأنه لا حق له فيه. أشبه ما لو لم يضاربه.

قال: (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضا أو طلب البيع فله ذلك، وإن كان دينا لزم العامل تقاضيه).

أما كون رب المال له أن يأخذ بماله عرضا إذا انفسخ القراض والمال عرض؛ فلأن غاية ما في ذلك أنه يحتاج إلى التقويم لأن العامل يستحق الربح إلى حين الفسخ وذلك لا يضر. دليله المستعير إذا غرس أو بنى، والمشتري إذا فعل ذلك فإن المعير يأخذ ذلك بالقيمة إذا رجع، والشفيع يأخذه بها إذا طلب الشفعة.

أو يقال: إذا أخذ المعير والشفيع ملك غيره بالقيمة؛ فلأن يأخذ رب المال ماله بالقيمة بطريق الأولى.

---

(١) ساقط من هـ.." [١]

"فصل

قال المصنف رحمه الله: (والعامل أمين، والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران، وما يذكر أنه اشتراه لنفسه أو للقراض، وما يدعى عليه من خيانة).

أما كون العامل أمين؛ فلأنه متصرف في مال غيره بإذنه لا لمحض منفعته فكان أمينا؛ كالوكيل. وفارق

---

(١) الممتع ٢/٧١٩

المستعير فإن قبضه لمنفعته (١) خاصة.

وأما كون القول قوله فيما يدعيه من جميع ما ذكر؛ فلأن تأمينه يقتضي ذلك.

ولأنه يدعى عليه ذلك وهو ينكره، والقول قول المنكر مع يمينه.

قال: (والقول قول رب المال في رده إليه، والجزء المشروط للعامل، وفي الإذن في البيع نسأ أو الشراء بكذا. وحكي عنه: أن القول قول العامل إن ادعى أجرة المثل).

أما كون القول قول رب المال في رده إليه؛ فلأن العامل قبض المال لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله في رده؛ كالمستعير. وفارق المودع من حيث إن قبضه لمنفعة غيره.

وأما كون القول قول رب المال في الجزء المشروط للعامل؛ مثل أن يقول العامل: شرطت لي النصف، فيقول رب المال: بل الثلث على المذهب؛ فلأنه ينكر الزائد والعامل يدعيه والقول قول المنكر.

وأما كون القول قول العامل إن ادعى أجرة المثل أو زيادة يتغابن الناس بمثلها على رواية؛ فلأن الظاهر صحة قول من ادعى ذلك. ولم يذكر المصنف قبول قوله في زيادة يتغابن الناس بمثلها فيحتمل أنه لم يره، ويحتمل أنه تركه ليعلم من الكتب المطولة. وقد صرح في **المغني والكافي** بقبول قوله مع ذلك على الرواية المذكورة.

---

(١) في و: لمنفعة.." (١)

"وأما الإذن في البيع نسأ فالمنقول فيه أن القول قول العامل. كذا ذكره في **المغني**، ولم يحك فيه خلافا. وذكره بقية الأصحاب. ووجهه: أن العامل أمين، فقبل قوله في ذلك. ولم أجد بما قاله المصنف رواية ولا وجها عن أحد من المتقدمين. غير أن صاحب المستوعب حكى بعد قوله: القول قول العامل أن ابن أبي موسى قال: ويتجه أن يكون القول قول رب المال. وربما حكى بعض المتأخرين في ذلك وجها. وأظنه أخذه من كلام المصنف رحمه الله هنا، أو ظن قول ابن (١) أبي موسى يقتضي ذلك. وفي (٢) الجملة لقبول قول رب المال وجه من الدليل لو وافق رواية أو وجها لأن رب المال يدعي عليه العامل أنه أذن له في البيع نسأ وهو ينكره والقول قول المنكر.

وأما كون القول قول رب المال في الشراء بكذا؛ مثل أن يقول العامل: أذنت لي في شراء كذا بعشرة فيقول رب المال: بل أذنت فيه بخمسة؛ فلأنه منكر للإذن فكان القول قوله.

ولأن قول العامل لو قبل لألزمنا رب المال بخمسة لم يعترف بها ولا دليل عليها لأن الإذن في النسأ كالإذن

---

(١) الممتع ٢/٧٢١

في المقدار.

فإن قيل: لم قبل قول رب المال في المقدار دون النسأ على المنصوص؟

قيل: لم يوجد في الإذن في المقدار قرينة تدل على صدق العامل، والأصل ينفي قوله، فوجب العمل به لأنه مقتض، سلم عن المعارض. بخلاف الإذن في النسأ فإن فيه قرينة تدل على صدق العامل فعارضت الأصل.

بيان القرينة: أن عقد المضاربة مبني على الربح والنسأ مظنته فمن ادعى ما يقتضي حصوله يكون معه قرينة حالية دالة (٣) على صدقه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: في.

(٣) في هـ: عن دالة.." [1]

"وأما كون المريض يلزمه أن يقيم مقامه إذا طلب الصحيح ذلك؛ فلأنهما دخلا على أنهما يعملان فإذا تعذر العمل بنفسه لزمه ما يقوم مقامه توفية للعقد ما يقتضيه.

قال: (وإن اشتركا ليحملا على دابتيهما والأجرة بينهما صح. فإن تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما صحت الشركة، والأجرة على ما شرطاه. وإن أجراهما بأعيانهما فلكل واحد منهما أجرة دابته. وإن جمعا بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة صح).

أما كونه يصح أن يشترك الشريكان ليحملا على دابتيهما؛ فلأن الحمل قد يكون في الذمة فوجب صحة الشركة عليه؛ كشركة الوجوه.

وأما كون الأجرة على ما شرطاه إذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذممهما ثم حملاه على الدابتين؛ فلأن تقبلهما الحمل أثبت الضمان عليهما فكانت الأجرة على ما شرطاه كشريكي الوجوه.

وأما كون كل واحد منهما له أجرة دابته إذا أجراهما بأعيانهما؛ فلأنه لم يجب ضمان الحمل في ذممهما وإنما استحق المستأجر منفعة البهيمة التي استأجرها فوجب أن يكون لمالكها عوض المنفعة وذلك أجرة دابته وفي كون كل واحد من الشريكين له أجرة دابته إشعار بأن الشركة على عين الدواب لا تصح وصرح به المصنف في **المغني** وعلله بما تقدم وبأن الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على الوجه المذكور لا تصح ثم قال: ولهذا لو قال: أجر عبدك وتكون أجرته بيني وبينك لم يصح ولو قال: بع دارك وثمنها بيننا لم يصح.

---

(١) الممتع ٢/٧٢٢

وأما كونه يصح الجمع بين شركة العنان والأبدان والوجوه والمضاربة؛ فلأن كل واحدة تصح منفردة وضم الصحيح بعضه إلى بعض لا يوجب الفساد كما لو ضم ماء طهور إلى مثله.." (١)

"ولأن الثمرة إذا ظهرت فقد حصل المقصود فصار بمثابة مضاربته على المال بعد ظهور الربح.

وأما كونها تصح على رواية؛ فلأنها إذا صحت على الثمرة المعدومة مع كثرة الغرر؛ فلأن تصح مع وجودها وقلة الغرر فيها بطريق الأولى.

والحديث دل بنصه على صحة المساقاة قبل الظهور وبتنبيهه على صحتها بعد الظهور وفارق المضاربة من حيث إنها بعد ظهور الربح لا تحتاج إلى عمل. واشترط المصنف رحمه الله لهذه الرواية في **المغني** **والكافي** أن يبقى من العمل ما تستزاد به الثمرة كالتأبير وإصلاح الثمرة والسقي. ثم قال في **المغني**: فإن لم يبق من العمل شيء تزيد به الثمرة كالجذاذ لم يجز. وهذا صحيح يجب حمل إطلاقه هنا عليه.

قال: (وإن ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح).

أما كون المساقاة على ما ذكر تصح؛ فلأن العمل وعوضه معلومان فصحت كالمساقاة على شجر موجود.

وأما قول المصنف: حتى يثمر ففيه تنبيه على أنه لو ساقاه على شجر يغرسه ويعمل عليه مدة لا يثمر في مثلها لم يصح لأن من شرط المساقاة أن يكون للعامل نصيب من الثمرة ولم يوجد.

قال: (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه لا تفتقر إلى ذكر مدة. ولكل واحد منهما فسخها فمتى انفسخت بعد ظهور الثمرة فهي بينهما، وإن فسخ العامل قبل ظهورها فلا شيء له، وإن فسخ رب المال فعليه للعامل أجرة عمله، وقيل هي عقد لازم تفتقر إلى ضرب مدة تكمل الثمرة فيها).

أما كون المساقاة عقدا جائزا في ظاهر كلام الإمام أحمد ف «لأن اليهود سألوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقرهم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: نقركم على ذلك ما شئنا» (١).

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢١٣) ٢: ٨٢٤ كتاب المزارعة، باب إذا قال رب الأرض: أقرك ما أقرك الله ...

---

(١) الممتع ٢/٧٢٨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٥١) ٣: ١١٨٧ كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.." [1]

"وأما كون العامل لا أجرة له (١) على وجه؛ فلأنه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتطوع.

وأما كونه له الأجرة على وجه؛ فلأن المساقاة تقتضي العوض فلا تسقط بالرضى بتركه كالوطء في النكاح.

قال: (وإن جعلا مدة قد تكمل فيها وقد لا تكمل فهل تصح؟ على وجهين. فإن قلنا لا تصح فهل للعامل أجرة؟ على وجهين).

أما كون المساقاة فيما ذكر تصح على وجه؛ فلأن الشجر يجوز أن يحمل وأن لا يحمل. أشبه ما يحمل غالبا.

وأما كونها لا تصح على وجه؛ فلأنه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسلم.

وأما كون العامل له أجرة مثله إذا قيل بعدم الصحة ففيه وجهان وجههما (٢) ما تقدم.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني** بعد ذكر هذه المسألة: إن قلنا هو فاسد استحق أجرة المثل سواء حمل أو لم يحمل؛ لأنه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجها واحدا. بخلاف ما لو جعل الأجل إلى مدة لا يحمل في مثلها غالبا ,وهذا متجه؛ لأن تعليل أحد الوجهين فيما إذا كانت الشجرة لا تحمل في مدة المساقاة أنه رضي بغير عوض وهذا لا يتجه هنا.

قال: (وإن مات العامل تمم الوارث، فإن أبى استؤجر على العمل من تركته، فإن تعذر فلرب المال الفسخ).

أما كون وارث العامل يتمم عمل موروثه؛ فلأنه يقوم مقامه في ما له فكذا فيما عليه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: ووجههما.." [2]

"فصل [فيما يلزم العامل ورب المال]

قال المصنف رحمه الله: (ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة، وزيادتها من السقي، والحرث، والزبار، والتلقيح، والتشميس، وإصلاح طرق الماء، وموضع التشميس، ونحوه. وعلى رب المال ما فيه حفظ الأصل: من سد الحيطان، وإجراء الأنهار، وحفر البئر، والدولاب، وما يديره. وقيل: ما يتكرر كل عام فهو على العامل، وما

---

[1] الممتع ٢/٧٣٤

[2] الممتع ٢/٧٣٦

لا فلا).

أما كون العامل يلزمه جميع ما ذكره المصنف مفصلا على المذهب؛ فلأن العامل إنما يراد لأجل الثمرة فاقتضى أن يكون عليه ما يؤدي إلى صلاحها وزيادتها، وجميع ما ذكر يؤدي إلى ذلك.

وأما كون ما يتكرر كل عام عليه في قول؛ فلأنه يتعلق بعمله فكان عليه كالحرث.

وظاهر ما ذكر أن الذي يلقح به على العامل لأنه مما يتكرر.

وقال المصنف في **المغني**: وقيل ما يتكرر كل عام على العامل إلا ما يلقح به فإنه على المالك وإن تكرر لأنه ليس بعمل. فيجب حمل كلامه هنا عليه لئلا يتناقض، ولما ذكر من الدليل.

وأما كون رب المال عليه ما فيه حفظ الأصل لا غير على المذهب: أما كونه عليه ذلك؛ فلأن الأصل له فكان ما يراد لحفظه عليه.

وأما كونه ليس عليه غير ذلك؛ فلعدم العلة المذكورة.

وأما كونه عليه ما لا يتكرر كل عام في قول؛ فلأن ذلك لا تعلق للعمل به. أشبه ما فيه حفظ الأصل.

وأما قول المصنف: من سد الحيطان ... إلى آخره فتعداد لصور فيها حفظ الأصل، وبيان لها. وكل ذلك على رب المال لما تقدم ذكره.." (١)

"فعلى هذا ما يدير الدولاب من بقر ونحوه على رب المال لأنه مما ذكر، وبذلك صرح أصحابنا.

وقال المصنف في **المغني**: ذلك على العامل لأنه يراد للعمل كبقر الحرث.

ولأن سقي الماء عليه إذا لم يحتج إلى دابة فكذا هاهنا. وهذا اختياره لا نقل عن غيره.

قال: (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد. وإن ثبتت خيانته ضم إليه من يشارفه. فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل العمل).

أما كون حكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد؛ فلأن العامل في المساقاة أمين رب المال فوجب أن يكون حكمه حكم المضارب فيما ذكر لاشتراكهما في كونهما أميني رب المال.

وأما كونه يضم أمين إلى العامل يشارفه إذا ثبتت خيانته؛ فلأنه أمكن دفع الضرر عن رب المال بذلك مع إمضاء العامل على عمله.

وأما كونه يستأجر من يعمل العمل من مال العامل إذا لم يمكن حفظه؛ فلأنه تعذر استيفاء العمل منه فاستوفي بغيره كما لو هرب.

---

(١) الممتع ٢/٧٣٨

قال: (وإذا شرط إن سقى سيحا فله الربع. وإن سقى بكلفة فله النصف. وإن زرعها شعيرا فله الربع. وإن زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين.

وإن قال: ما زرعت من شعير فلي ربعه، وما زرعت من حنطة فلي نصفه. أو ساقيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجها واحدا).

أما كون المساقاة لا تصح فيما إذا شرط إن سقى سيحا فله الربع، وإن سقى بكلفة فله النصف. وإن زرعها شعيرا فله الربع، وإن زرعها حنطة فله النصف في وجه؛ فلأن العمل مجهول.

ولأنه في معنى بيعتين في بيعه وهو قوله: بعتك بعشرة نقدا أو بعشرين نسأ.." (١)

"قال: (وإذا قال: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي، وتسقيها بمائك، والزرع بيننا فهل يصح؟ على روايتين. وإن زارع شريكه في نصيبه صح).

أما كون المساقاة فيما إذا قال: أنا أزرع الأرض ببذري وعواملي وتسقيها بمائك لا تصح على رواية وهي اختيار القاضي؛ فلأن العوض الذي في مقابلته الماء مجهول.

وأما كونها تصح على رواية وهي اختيار أبي بكر؛ فلأنه لما جاز أن يؤجر الأرض ببعض الخارج منها وهو مجهول جاز أن يجعل عوض الماء كذلك.

قال المصنف في المغني: الأولى أصح وأقيس لأنها لا تتحقق مزارعة، ولا يجوز أن يستأجر الماء ولا أن يبتاع بعوض معلوم فكيف إذا كان مجهولا. وأجاب عن إجارة الأرض ببعض الخارج بالمنع وبتقدير التسليم يطلب الجامع.

وأما كون مزارعة الشريك لشريكه في نصيبه تصح؛ فلأن ذلك بمنزلة شراء الشريك نصيب شريكه وذلك جائز فكذا هذا.." (٢)

"ولأن في ذلك إبقاء لحياته فاستحب جعل الجزاء رقبة للتناسب.

قال: (وإن دفع ثوبه إلى قصار أو خياط ليعملاه ولهما عادة بأجرة صح ولهما ذلك وإن لم يعقدا عقد إجارة. وكذلك دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح).

أما كونه يصح أن يدفع الثوب إلى من ذكر كما ذكر إذا كان للمدفوع إليه عادة بأخذ الأجرة وكونه له الأجرة المعروفة؛ فلأن العرف يجري مجرى الشرط. دليله ما لو باع شيئا وأطلق الثمن وللبلد نقد واحد معروف.

---

(١) الممتع ٧٣٩/٢

(٢) الممتع ٧٤٤/٢

ولأن (١) شاهد الحال يقتضي أخذ الأجرة. أشبه ما لو عرض له فقال: خذه وأنا أعلم أنك إنما تعمل بالأجرة.

وأما كون دخول الحمام والركوب في سفينة الملاح كذلك؛ فلاشتراك الجميع في العرف الجاري مجرى الشرط.

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله أن أحد هؤلاء متى لم تكن له عادة بأخذ الأجرة لا يستحق شيئا (٢) إلا أن يشرط له. وصرح المصنف بذلك في الخياط والقصار فقال في **المغني** بعد ذكر المسألة: فإن لم يكونا منتصبين لذلك لم يستحقا الأجرة إلا بالعقد أو شرط العوض أو تعريض به لأنه لم يجر بذلك عرف يقوم مقام العقد.

قال: (وتجوز إجارة دار بسكنى دار وخدمة عبد وتزويج امرأة) (٣).

أما كون إجارة دار تجوز بسكنى دار وخدمة عبد؛ فلأن كل واحد منهما يجوز في مقابلته بالعوض فجاز أن يكون (٤) عوضا في الإجارة كالدراهم والدنانير.

ولأن ذلك يكون عوضا في البيع، والإجارة مثله لأنها بيع المنافع.

وأما كونها تجوز بتزويج امرأة؛ فلأن ما ذكر قبل يجري فيه فوجب أن يلحق به.

---

(١) في هـ: فلأن.

(٢) زيادة من ج.

(٣) في هـ: وتزويج أمة.

(٤) في هـ: يكونا.." [1]

"قال: (ولا تجوز إجارة المشاع مفردا لغير شريكه. وعنه: ما يدل على جوازه).

أما كون إجارة المشاع لا تجوز مفردا لغير شريك المؤجر على المذهب؛ فلأنه لا يقدر على تسليمه فلم تجز إجارته. وإنما قلنا لا يقدر على تسليمه لأنه لا يقدر على ذلك إلا بتسليم نصيب شريكه.

وأما كونها تجوز على رواية؛ فلأنه يجوز بيعه فجاز إجارته كالمفرد.

وأما قول المصنف: مفردا لغير شريكه فمشعر بأمرين:

أحدهما: جواز إجارته مع نصيب شريكه؛ مثل: أن يوكلا شخصا في إجارة ذلك أو يوكل أحدهما صاحبه.

---

(١) الممتع ٢/٧٥٠

وثانيهما: جواز إجارته لشريكه. وصرح به المصنف في **المغني** لأن المانع من الصحة تعذر التسليم وهو منتف في الموضعين المذكورين.

قال: (الرابع: اشتمال العين على المنفعة. فلا تجوز إجارة بهيمة زمنة للحمل، ولا أرض لا تنبت للزرع).

أما كون الرابع من شروط صحة إجارة العين: اشتمال العين المستأجرة على المنفعة؛ فلأن الإجارة عقد معاوضة فاشترط اشتماله على المنفعة؛ كالبيع.

وأما كونه لا تجوز إجارة بهيمة زمنة للحمل، ولا أرض لا تنبت للزرع فلعدم اشتمالها على المنفعة المشترطة.

قال: (الخامس: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذونا له فيها. فيجوز للمستأجر إجارة العين لمن يقوم مقامه، ويجوز للمؤجر وغيره بمثل الأجرة وزيادة. وعنه: لا يجوز بزيادة. وعنه: إن جدد فيها عمارة جازت الزيادة وإلا فلا. وللمستعير إجارتها إذا أذن له المعير مدة بعينها).

أما كون الخامس من شروط صحة إجارة العين: كون المنفعة مملوكة للمؤجر أو مأذون له فيها؛ فلأنها بيع المنافع فاشترط فيها ذلك؛ كالبيع.

وأما كون المستأجر يجوز له إجارة العين المستأجرة لمن يقوم مقامه؛ فلأن المنفعة مملوكة له فجاز له بيعها كبيع المشتري للمبيع. وإنما اشترط كون المستأجر ثانيا ممن يقوم." (١)

"مقام المستأجر أولا ليكون انتفاعه كانتفاعه؛ لأنه إذا زاد عليه كان فيه إضرار وذلك منتف شرعا.

وأما كون إجارة العين المستأجرة تجوز للمؤجر؛ فلأن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد دليله البيع.

وأما كونها تجوز لغيره بمثل الأجرة فلا شبهة فيه.

وأما كونها تجوز بزيادة على المذهب؛ فلأنه عقد يجوز برأس المال فيجوز بالزيادة؛ كبيع المبيع.

وأما كونها لا تجوز على رواية فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن» (١). والمنفعة في الإجارة غير مضمونة.

وأما كونه إن جدد فيها عمارة جاز على رواية؛ فلأن الربح يقع في مقابلة ذلك، وإن لم يجدد لم يجز للحديث المذكور. وذكر المصنف في **المغني** رواية أخرى أنه إن أذن له المالك في الزيادة جاز وإلا لم يجز.

وأما كون المستعير له إجارة المستعار إذا أذن له المعير مدة بعينها؛ فلأن شرط المنفعة كونها مملوكة للمؤجر

---

(١) الممتع ٢/٧٥٩

أو مأذون له فيها وذلك موجود هاهنا.

قال: (وتجوز إجارة الوقف. فإن مات المؤجر فانتقل إلى من بعده لم تنفسخ الإجارة في أحد الوجهين، وللثاني حصته من الأجرة).

أما كون إجارة الوقف تجوز؛ فلأن المنافع مملوكة للمؤجر.

وأما كونها لا تنفسخ بموت المؤجر الآجر في وجه؛ فلأنه آجر ملكه في زمن ولايته فلم تنفسخ كما لو أجر ملكه الطلق.

وأما كونها تنفسخ فيما بقي في وجه؛ فلأنه تبين أنه آجر ملكه وملك غيره فصح كما في ملكه، وتبين البطلان في ملك غيره لأن المنافع بعد موته حق لغيره فلا ينفذ عقده عليه من غير ولاية. وفارق الطلق من حيث إن الوارث يملك من جهة موروثه بخلاف البطن الثاني في الوقف فإنه يملك من جهة الواقف. فعلى القول بأنها لا تنفسخ:

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"فصل [في الأجير المشترك]

قال المصنف رحمه الله: (الضرب الثاني: عقد على منفعة في الذمة، مضبوطة بصفات كالسلم؛ كخياطة ثوب، وبناء حائط، أو حمل إلى موضع معين. ولا يكون الأجير فيها إلا آدميا جائز التصرف. ويسمى الأجير المشترك).

أما كون الإجارة على منفعة في الذمة تصح؛ فلأن الإجارة بيع فصح عقدها في الذمة كالسلم.

وأما كونها يشترط ضبطها بصفات كالسلم؛ فلأن الإجارة في الذمة منوطة بالسلم جوازا فيجب أن تكون منوطة به اشتراطا.

وأما كونها لا يكون الأجير فيها إلا آدميا؛ فلأنها متعلقة بالذمة ولا ذمة لغير آدمي.

وأما كونه لا يكون إلا جائز التصرف؛ فلأن الإجارة بيع فلم تصح من غير جائز التصرف؛ كبيع الأعيان.

وأما كونه يسمى الأجير المشترك؛ فلأنه يتقبل أعمالا كثيرة من ناس كثير في وقت واحد فيشتركون في استحقاق منفعته.

قال: (ولا يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل؛ كقوله: استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب في يوم. ويحتمل

---

(١) الممتع ٢/٧٦٠

أن يصح).

أما كونه لا (١) يجوز الجمع بين تقدير المدة والعمل كما مثل المصنف رحمه الله على المذهب؛ فلأنه قد يفرغ من خياطته في بعض اليوم. فإن طولب بالعمل في بقيته كان زيادة على ما وقع عليه العقد، وإن لم يعمل كان تركا للعمل في بعض المدة التي وقع العقد عليها وقد لا يفرغ من خياطته في اليوم فيفضي أيضا إلى مثل ما ذكرناه.

وأما كونه يحتمل أن يصح؛ فلأن الإجارة معقودة على العمل، والمدة مذكورة للتعجيل فلا يفسد ذلك العقد.

وحكى المصنف في **المغني** أن في كلام أحمد ما يدل على صحة ذلك.

---

(١) ساقط من هـ.." [1]

"قال ابن عباس: ولو كان حراما ما أعطاه أجرة (١).

وأما كونه يكره للحر أكل أجرة الحجامة فللحديث الآتي ذكره.

ولأن أسوأ أحوال الأجرة في الحديث أن تكون مكروهة.

وأما كونه يطعم الأجرة رقيقه وبهائمه؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أطعمه ناضحك ورقيقك» (٢) رواه الترمذي. وقال: حديث حسن.

وأما كونه لا يصح على قول القاضي؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كسب الحجام خبيث» (٣) متفق عليه.

والأول اختيار المصنف رحمه الله وأبي الخطاب.

وذكر القاضي أن الإمام أحمد نص على عدم الإجارة عليها في مواضع.

قال المصنف في **المغني**: تسميته خبيثا لا يلزم منه الحرام؛ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم سمى الثوم والبصل خبيثين» (٤). وهما مباحان.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٩٩٧) ٢: ٧٤١ كتاب البيوع، باب ذكر الحجام.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢٠٢) ٣: ١٢٠٥ كتاب المساقاة، باب حل أجرة الحجامة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٢٢) ٣: ٢٦٦ كتاب الاجارة، باب في كسب الحجام.

---

(١) الممتع ٢/٧٦٥

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧٧) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في كسب الحجام.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٦٦) ٢: ٧٣٢ كتاب التجارات، باب كسب الحجام.

(٣) لم أره بهذا اللفظ عند البخاري، وقد أخرج البخاري معناه عن عون بن أبي جحيفة قال: «رأيت أبي اشترى حجاما فأمر بمحاجمه فكسرت، فسألته عن ذلك قال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم وثمن الكلب، وكسب الأمة، ولعن الواشمة والمستوشمة، وآكل الربا وموكله، ولعن المصور».

(٢١٢٣) ٢: ٧٨٠ كتاب البيوع، باب ثمن الكلب.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٨) ٣: ١١٩٩ كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب ... واللفظ له.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٥٦٥) ١: ٣٩٥ كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب نهي من أكل ثوما أو بصلا أو كراثا أو نحوهما. ولفظه: عن أبي سعيد قال: «لم نعد أن فتحت خيبر. فوقعنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في تلك البقلة الثوم والناس جياع فأكلنا منها أكلا شديدا. ثم رحنا إلى المسجد فوجد رسول الله صلى الله عليه وسلم الريح. فقال: من أكل من هذه الشجرة الخبيثة شيئا فلا يقربنا في المسجد»..." (١)

"فصل [فيما يلزم المؤجر والمستأجر]

قال المصنف رحمه الله: (ويلزم المؤجر كل ما يتمكن به من النفع كزمام الجمل، ورحله، وحزامه، والشد عليه، وشد الأحمال، والمحامل، والرفع، والحط، ولزوم البعير لينزل لصلاة الفرض، ومفاتيح الدار، وعمارتها، وما جرت عادته به. فأما تفريغ البالوعة والكنف فيلزم المستأجر إذا تسلمها فارغة).

أما كون المؤجر يلزمه ما ذكر ... إلى التفريغ؛ فلأن ذلك بفعل عادة فحمل مطلق العقد عليه.

ولأن (١) التمكين واجب عليه، ولا يتم بدون ذلك، وما لا يتم الواجب إلا به واجب.

وأما كون المستأجر يلزمه تفريغ البالوعة والكنف إذا تسلمها فارغة؛ فلأن ذلك حصل بفعله فكان تنظيفه عليه؛ كما لو طرح فيها قماشا.

وفي تقييد اللزوم بتسليمها فارغة دليل على أنه إذا تسلمها ملئى يكون تفريغها على المؤجر وصرح به في **المغني** لأنه لا يمكن الانتفاع إلا بذلك.

---

(١) الممتع ٢/٧٦٨

(١) في هـ: فلأنه.." (١)

"قال: (وإن هرب الأجير حتى انقضت المدة انفسخت الإجارة. وإن كانت على عمل خير المستأجر بين الفسخ والصبر).

أما كون الإجارة تنفسخ إذا هرب الأجير حتى انقضت المدة؛ فلأن المعقود عليه يفوت بانقضائها. أشبه تلف العين.

وفي قول المصنف رحمه الله: حتى انقضت المدة دليل على أنها لا تنفسخ قبل انقضائها. وصرح به في **المغني** لأن المدة إذا لم تنقض لم يفت المعقود عليه.

وأما كون المستأجر يخير بين الفسخ والصبر إذا كانت الإجارة على عمل في الذمة؛ فلأن ذلك عمل (١) في الذمة ليس له مدة يفوت بفواتها. أشبه الأجير قبل انقضاء مدة إجارته.

قال: (وإن هرب الجمال وترك الجمال أنفق عليها الحاكم من مال الجمال، أو أذن للمستأجر في النفقة. فإذا انقضت الإجارة باعها الحاكم، ووفى المنفق، وحفظ باقي ثمنها لصاحبه).

أما كون الحاكم ينفق على ذلك؛ فلأن نفقة الحيوان واجبة على المالك وهو غائب، والحاكم نائب عن الغائب.

وأما كونه يأذن للمستأجر في النفقة؛ فلأن إقامة أمين غير المستأجر يشق ويتعذر مباشرته في كل لحظة.

وأما كونه يبيع ذلك إذا انقضت الإجارة ويوفي المنفق؛ فلأن في ذلك تخليصا لذمة صاحب الجمال، وإيفاء لحق صاحب النفقة.

[وأما كونه] (٢) يحفظ باقي الثمن لصاحبه؛ فلأن الحاكم يلزمه حفظ مال الغائب.

---

(١) في هـ: على عمل.

(٢) ساقط من هـ.." (٢)

"قال: (وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها، وموت الصبي المرتضع، وموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة، وانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه، أو برئه، ونحو هذا).

---

(١) الم متع ٧٧٢/٢

(٢) الممتع ٧٧٤/٢

أما كون الإجارة تنفسخ بتلف العين المعقود عليها كمن اكترى بعيرا بعينه فمات؛ فلأن المنفعة زالت بالكلية فانفسخ العقد الواقع على عينه؛ كتلف المبيع قبل قبضه.

وأما كونها تنفسخ بموت الصبي المرتضع؛ فلأن استيفاء المعقود عليه قد تعذر لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع واختلاف اللبن باختلافهم لأن المرضعة قد تدور على ولد دون آخر.

وأما كونها تنفسخ بموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة؛ فلأنه تعذر استيفاء المعقود عليه منه وممن يقوم مقامه. أشبه ما لو مات المركوب.

وفي قوله: إذا لم يكن له من يقوم مقامه دليل على أنها لا تنفسخ إذا كان له من يقوم مقامه لأن الاستيفاء لا يتعذر لوجود من يقوم مقامه.

فإن قيل: كيف الجمع بين قول المصنف: تنفسخ بموت الراكب، وبين قوله بعد: لا تنفسخ بموت المكتري؟

قيل: يجب حمل قوله: لا تنفسخ بموت المكتري على أنه مات وله وارث. وقد ذكر المصنف رحمه الله في **المغني** قول الخرقي: وإذا مات المكري والمكتري أو أحدهما فالإجارة بحالها وعلله. ثم قال: ونقل عن الإمام أحمد في رجل اكترى بعيرا فمات في بعض الطريق فإن رجع البعير خاليا فعليه بقدر ما وجب له.

ثم قال: وظاهر هذه الرواية أنه حكم بفسخ العقد فيما بقي من المدة إذا مات المستأجر.

ثم قال: ويجب أن يقدر أنه لم يكن ثم من ورثته من يقوم مقامه في الانتفاع لأن الوارث يقوم مقام الموروث فإذا لم يكن فقد جاء أمر يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد. أشبه ما لو مات.

ثم قال: وتأولها القاضي بأن المكري منع الورثة من الانتفاع. ولا يصح؛ لأنه لو كان كذلك لما استحق شيئا من الكري.." [١]

"قال: (وإن غصبت العين المستأجرة خير المستأجر بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل فإن فسخ فعليه أجرة ما مضى.

قال الخرقي: وإن جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد فعليه من الأجرة بقدر مدة انتفاعه).

أما كون المستأجر يخير بين الفسخ ومطالبة الغاصب بأجرة المثل؛ فلأن في عدم ثبوت الخيار تأخيرا لحقه. ولأن تعذر الانتفاع بذلك من غير جهته عيب في المعقود عليه فملك الخيرة به؛ كالعيب في المبيع. وإنما

---

(١) الممتع ٢/٧٧٥

لم ينفسخ العقد بمجرد الغصب؛ لأن المعقود عليه لم يفت مطلقا بل فات إلى بدل. أشبه ما لو أتلف الثمرة المعيبة آدمي قبل قبضها.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: يتخرج انفساخها بناء على أن منافع الغصب لا تضمن على رواية.

وأما كونه عليه أجرة ما مضى إذا فسخ؛ فلأنه استوفى ما يقابل بالعوض فلزمه أجرته.

وأما قول المصنف: قال الخرقي ... إلى آخره ففيه (١) تأكيد لوجوب الأجرة فيما مضى، وبيان أن الخرقي قال ذلك. وفسر في **المغني** قول الخرقي هذا، ولم يجعله من صورة (٢) ما إذا غصبت العين المستأجرة.

والصحيح اشتماله عليه؛ لأن الغصب أمر غالب يحجز المستأجر عن (٣) منفعة ما وقع عليه العقد. ولهذا ذكره المصنف رحمه الله هنا.

قال: (ومن استؤجر لعمل شيء فمرض أقيم مقامه من يعمله والأجرة عليه).

أما كون المريض يقيم مقامه من يعمل ما استؤجر عليه؛ فلأنه حق وجب في ذمته فوجب عليه إيفاؤه ولو بغيره كالمسلم فيه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: صور.

(٣) في هـ: من.." [1]

"ولأنه لا يجب على المستأجر إنظاره لأن العقد بإطلاقه يقتضي التعجيل.

ولأن في التأخير إضرارا به.

وأما كون الأجرة عليه؛ فلأن العمل عليه فكان عوضه عليه.

قال: (وإن وجد العين معيبة أو حدث بها عيب فله الفسخ وعليه أجرة ما مضى).

أما كون المستأجر له الفسخ بما ذكر؛ فلأنه عيب في المستأجر فأثبت الخيار كالعيب في بيوع الأعيان.

وأما كون أجرة ما مضى عليه؛ فلأنها تلزمه إذا فسخ لما تقدم في فسخ المغصوب وقد وجد.

قال: (ويجوز بيع العين المستأجرة ولا تنفسخ الإجارة إلا أن يشتريها المستأجر فتنفسخ على إحدى الروايتين).

أما كون بيع العين المستأجرة يجوز؛ فلأن الإجارة عقد على المنافع فلم يمنع جواز البيع؛ كما لو زوج أمته

---

(١) الممتع ٢/٧٧٧

ثم باعها.

وأما كون الإجارة لا تنفسخ إذا اشترى العين المستأجرة غير المستأجر؛ فلأن عقد الإجارة سابق على عقد البيع، واللاحق لا يوجب فسخ السابق؛ كما لو زوج أمته ثم باعها.

وأما كونها لا تنفسخ إذا اشتراها المستأجر على رواية؛ فلأنه ملك المنفعة بعقد ثم ملك الرقبة المسلوبة المنفعة [بعقد آخر] (١) فلم يتنافيا؛ كما لو ملك الثمرة بعقد ثم ملك الأصل بعقد آخر.

وأما كونه ينفسخ فيما بقي من المدة على رواية؛ فلأن ملك الرقبة لما منع ابتداء الإجارة منع استدامتها كالنكاح لما منع ابتداء ملك اليمين منع استدامته. وذكر المصنف هاتين الروايتين في **المغني** وجهين.

---

(١) ساقط من هـ.." (١)

"وأما كون مالك الثوب يخير بين ما ذكر؛ فلأن الجناية على ماله فكانت الخيرة له لا لغيره.

وأما كونه لا أجرة له إذا ضمنه إياه غير معمول؛ فلأن الأجرة إنما تجب بالتسليم ولم يوجد.

وأما كونه يدفع الأجرة إليه إذا ضمنه معمولا؛ فلأنه لو لم يدفع إليه الأجرة لاجتمع على الأجير فوات الأجرة وضمان ما يقابلها.

ولأن المالك إذا ضمنه ذلك معمولا يكون في معنى تسليم ذلك معمولا فيجب أن يدفع إليه الأجرة لحصول التسليم الحكمي.

قال: (وإذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة، أو كبحها، أو الرائض الدابة لم يضمن ما تلف به. وإن قال: أذنت لي في تفصيله قباء قال: بل قميصا فالقول قول الخياط. نص عليه).

أما كون المستأجر والرائض لا يضمنا ما ذكر؛ فلأن ذلك تلف من فعل مستحق فلم يضمناه؛ كما لو تلف تحت الحمل. ودليل استحقاق الضرب «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب جمل جابر حين ساقه» (١).

ولأنه لا يمكنه استيفاء المنفعة إلا به.

وأما تقييد المصنف رحمه الله عدم الضمان بقدر العادة فدليل على أنه يجب عليه الضمان عند عدم ذلك. وصرح به في **الكافي** فقال: وإن تلفت بعدوان كضربها من غير حاجة أو لإسرافه فيه ضمن لأنه جناية على ملك الغير فوجب الضمان كالغاصب.

---

(١) الممتع ٢/٧٧٨

وأما كون القول قول الخياط فيما إذا قال: أذنت لي في تفصيله قباء قال: بل قميصا على المنصوص؛ فلأنهما اتفقا على الإذن واختلفا في صفته فكان القول قول الخياط كالمضارب إذا ادعى الإذن في النسأ. ولأنهما اتفقا على ملك الخياط القطع، والظاهر أنه فعل ما ملكه، واختلفا في لزوم الغرم له، والأصل عدمه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٧٠٦) ٣: ١٠٥٠ كتاب الجهاد، باب من ضرب دابة غيره في الغزو.." (١)

"وأما كون تسوية الأرض تجب مع عدم الشرط؛ فلأنهما دخلا على ذلك لرضاهما بالقلع.

وأما كونها تجب مع الشرط؛ فلما تقدم من الوفاء بموجب الشرط.

قال: (وإن كان فيها زرع، بقاؤه بتفريط المستأجر فللمالك أخذه بالقيمة وتركه بالأجرة. وإن كان بغير تفريط لزم تركه بالأجرة).

أما كون المالك له أخذ ذلك بالقيمة وتركه بالأجرة مع تفريط المستأجر في بقائه؛ فلأن المستأجر حينئذ بمنزلة الغاصب لإبقائه زرعه في أرض غيره بغير حق. والمعني بالتفريط أن يزرع زرعا لم تجر العادة بكماله قبل انقضاء المدة.

وأما كونه يلزمه تركه بالأجرة مع عدم تفريط المستأجر في بقائه؛ فلأن الزرع حصل في أرض المالك بإذنه فلزمه تركه بأجرة مثله؛ كما لو أعاره إياها وأذن له في الزرع ثم رجع المالك قبل كمال الزرع. والمعني بعدم التفريط أن يزرع زرعا ينتهي مدته عند آخر المدة ثم يتأخر ذلك بسبب برد أو غيره.

فإن قيل: فما الفرق بين الزرع والغرس؟

قيل: سيذكر في باب الغصب إن شاء الله تعالى.

قال: (وإذا تسلم العين في الإجارة الفاسدة حتى انقضت المدة فعليه أجرة المثل سكن أو لم يسكن. وإذا اكترى بدراهم وأعطاه عنها دنانير ثم انفسخ العقد رجع المستأجر بالدراهم).

أما كون من تسلم ما ذكر حتى انقضت المدة عليه الأجرة إذا سكن؛ فلأن المعوض قد استوفاه فوجب أن يجب عليه عوضه.

وأما كونه عليه ذلك إذا لم يسكن؛ فلأن الإجارة كالبيع والمنفعة كالعين والبيع الفاسد كالصحيح في استقرار البدل. فكذلك الإجارة.

---

(١) الممتع ٢/٧٨١

وعن الإمام أحمد لا شيء عليه إذا لم يسكن. ذكره المصنف في **المغني** لأن الإجارة هنا عقد فاسد على منفعة لم يستوفها فلم يلزمه عوضها كالنكاح الفاسد.

وأما كون الواجب أجرة المثل حيث تجب الأجرة؛ فلأن ما ضمن بالمسمى (١) في العقد الصحيح ضمن بالقيمة في الفاسد كالأعيان.

---

(١) في هـ: المسمى.." (١)

"وأما كون العقد يبطل فيمن لا يحسن الرمي؛ فلما تقدم من اشتراط كونه ممن يحسن.

وقوله: فيه مشعر بأن البطلان مختص بمن لا يحسن، فأما من يحسن فالعقد باق (١) في حقه؛ لأن المفسد موجود فيمن لا يحسن دون غيره فوجب أن يختص البطلان به وذكر المصنف في **المغني** في بطلان العقد في حق من يحسن وجهين بناء على تفريق الصفقة.

وأما كونه يخرج مثل من لا يحسن من الحزب الآخر مع القول ببقاء الصحة فيمن يحسن؛ فلأن البيع إذا بطل في البعض بطل فيما يقابله من الثمن فكذا هاهنا.

وأما كون الحزبين لهم الفسخ إن أحبوا؛ فلأن الصفقة تفرقت عليهم.

قال: (الثاني: معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة).

أما كون الثاني من الشروط المذكورة: معرفة عدد الرشق وعدد الإصابة؛ فلأن الغرض معرفة الحذق، ولا يحصل إلا بذلك.

وأما معنى معرفة عدد الرشق فأن تكون عشرين رمية أو ما أشبه ذلك.

وأما معنى معرفة الإصابة فأن تكون الإصابات خمسا من العشرين أو أربعا أو ما أشبه ذلك.

قال: (الثالث: معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة؟ فالمبادرة أن يقولا: من سبق إلى خمس إصابات من عشرين رمية فقد سبق فأيهما سبق إليها مع تساويهما في الرمي فهو السابق. ولا يلزم إتمام الرمي. والمفاضلة أن يقولا: أينا فضل صاحبه بخمس إصابات من عشرين رمية سبق. فأيهما فضل بذلك فهو السابق).

أما كون الثالث من الشروط المذكورة معرفة الرمي هل هو مفاضلة أو مبادرة؛ فلأن غرض الرماة يختلف: فمنهم من إصابته في الابتداء أكثر منها (٢) في الانتهاء، ومنهم

---

(١) الممتع ٢/٧٨٤

من هو بالعكس. فوجب اشتراط ذلك ليعلم ما دخل فيه. وذكر المصنف في **المغني** عن القاضي أنه لا يشترط ذلك لأن مقتضى النضال أن من بادر إلى الإصابة فقد سبق.

---

(١) في هـ: باقي.

(٢) في هـ: منهما.." [١]

"وأما معنى المفاضلة والمبادرة فكما ذكر المصنف.

وللمناضلة صورة ثالثة ذكرها أبو الخطاب والمصنف في **المغني** واسمها محاطة. ومعناها: أن يشترطا حط ما يتساويان فيه من الإصابة في رشق معلوم فإذا فضل أحدهما بإصابة معلومة فقد سبق صاحبه. وصورتها مثلا: أن يجعلا الرشق عشرين ويشترط حط ما يتساويان فيه فإذا فضل أحدهما بثلاثة أو أربعة أو ما أشبه ذلك فقد نضل صاحبه.

قال: (وإذا أطلقا الإصابة تناولها على أي صفة كانت. وإن قالا: خواصل كان تأكيدا لأنه اسم لها كيف ما كانت. وإن قالا: خواسق وهو ما خرق الغرض وثبت فيه، أو خوارق وهو: ما خرقه ولم يثبت فيه، أو خواصر وهو: ما وقع في أحد جانبي الغرض تقيدت بذلك. وإن شرطا إصابة موضع من الغرض كالدائرة فيه تقيد به).

أما كون إطلاق الإصابة يتناولها على أي صفة كانت؛ فلأن أي صفة كانت تدخل تحت مسمى الإصابة.

وأما كون قولهما: خواصل تأكيدا فلما ذكر المصنف م ن أنها اسم للإصابة كيف ما كانت.

وأما كون الإصابة تتقيد بقولهما: خواسق أو خوارق أو خواصر، أو شرطهما إصابة موضع من الغرض كالدائرة؛ فلأن الغرض يختلف باختلاف ذلك فوجب أن تتقيد المناضلة به تحصيلا للغرض.

ولأنه وصف وقع العقد عليه فوجب أن يتقيد به ضرورة الوفاء بموجبه.

وأما معنى كل واحد من الألفاظ المذكورة فكما ذكر المصنف رحمه الله.

قال: (الرابع: معرفة قدر الغرض: طوله، وعرضه، وسمكه، وارتفاعه من الأرض).

أما كون الرابع من الشروط المذكورة: معرفة قدر الغرض طوله وعرضه وسمكه وارتفاعه من الأرض؛ فلأن الإصابة تختلف باختلاف ذلك، فوجب العلم به. أشبه تعيين النوع.." [٢]

---

(١) الممتع ٢/٧٩٦

(٢) الممتع ٢/٧٩٧

"ويروى «أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يشتدون بين الأغراض. يضحك بعضهم إلى بعض».

وعن عمر: «علموا أولادكم الرمي والمشي بين الغرضين» (١).

وأما كون أحد المتناضلين يبدأ بالغرض الثاني إذا بدأ صاحبه بالغرض الآخر فلتحصل المساواة بينهما.

وفي قول المصنف رحمه الله: والسنة أن يكون لهما غرضان تنبيه على أن الغرض لو كان واحدا جاز. وهو صحيح؛ لأن الغرض معرفة حذق الرماة، وذلك حاصل بالغرض الواحد.

قال: (وإذا أطارت الريح الغرض فوقع السهم موضعه فإن كان شرطهم خواصل احتسب به، وإن كان خواسق لم يحتسب له به ولا عليه).

أما كونه يحتسب بالسهم الواقع موضع الغرض مع كون الشرط خواصل؛ فلأن الشرط الإصابة ولو كان الغرض في موضعه لأصابه.

وأما كونه لا يحتسب له به ولا عليه مع كون الشرط خواسق؛ فلأن الشرط أن يثبت فيه، ولو كان الغرض في موضعه لاحتمل أن يثبت فيه وأن لا يثبت.

قال: (وإن عرض عارض من كسر قوس، أو قطع وتر، أو ريح شديدة لم يحتسب عليه بالسهم. وإن عرض مطر، أو ظلمة جاز تأخير الرمي. ويكره للأمين والشهود مدح أحدهما؛ لما فيه من كسر قلب صاحبه).

أما كونه لا يحتسب على الرامي بالسهم مع عارض كسر قوس، أو قطع وتر، أو اشتداد (٢) ريح؛ فلأن الخطأ للعارض لا لسوء رميه.

ومفهوم قوله: لم يحتسب عليه أنه لو أصاب مع العارض حسب له لتحقق الشرط.

وقال في **المغني**: لا يحتسب له كما لا يحتسب عليه.

---

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج ابن حبان عن أبي عثمان: «أتانا كتاب عمر. ونحن مع عتبة بن فرقد بأذربيجان. فذكر الحديث. وفيه: وارموا الأغراض، وامشوا بين الهدفين». (٥٤٣٠) ٧: ٤٠١.

(٢) ساقط من هـ.." [1]

"وأما كون العارية تجوز في كل المنافع ما خلا منافع البضع، وإعارة العبد المسلم لكافر؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعار من أبي طلحة فرسا فركبها» (١)، و «من صفوان أدراعا» (٢)، و «سئل

---

(١) الممتع ٢/٧٩٩

عن حق الإبل فقال: إعارة دلوها فحلها» (٣). فيثبت ذلك في المنصوص، ويقاس عليه سائر المنافع.

وأما كونها لا تجوز في منافع البضع؛ فلأن الوطء لا يجوز إلا في عقد نكاح أو ملك يمين، وذلك غير حاصل.

وأما كون إعارة العبد المسلم لكافر لا تجوز؛ فلأنه لا تجوز إعارته له حذرا من استخدامه.

وأما كون إعارة الأمة الشابة لرجل غير محرمها تكره؛ فلأنه لا يؤمن عليها، ولا يجوز له الخلوة بها. وذكر المصنف في **المغني** أن ذلك لا يجوز لما ذكر.

وفي قوله: الشابة لرجل غير محرمها إشعار بأن إعارة الكبيرة لرجل غير محرم، وإعارة الشابة لامرأة، ومحرم لا تكره، وهو صحيح؛ لأنه يؤمن فيهما ما ذكر قبل.

وأما كون استعارة و الدي الشخص للخدمة تكره (٤)؛ فلأنه يكره استخدامهما، فكره استعارتهما لذلك.

قال: (وللمعير الرجوع متى شاء ما لم يأذن في شغله بشيء يستضر المستعير (٥) برجوعه؛ مثل: أن يعيره سفينة لحمل متاعه فليس له الرجوع ما دامت في لجة البحر. وإن أعاره أرضا للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت، وإن أعاره حائطا

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٨٤) ٢: ٩٢٦ كتاب الهبة، باب من استعار من الناس الفرس.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٣٠٧) ٤: ١٨٠٣ كتاب الفضائل، باب في شجاعة النبي عليه السلام وتقدمه للحرب.

(٢) سبق ذكره ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٩٨٨) ٢: ٦٨٥ كتاب الزكاة، باب إثم مانع الزكاة.

وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٥٤) ٥: ٢٧ كتاب الزكاة، باب مانع زكاة البقر.

(٤) زيادة يقتضيها السياق.

(٥) ساقط من هـ.." [١]

"وأما كونه عليه تسوية الأرض إذا قلع وليس مشروطا عليه قلع الغرس؛ فلأن

القلع باختياره. لو امتنع منه لم يجبر عليه. فلزمه التسوية؛ كالمشتري لما فيه شفعة إذا أخذ غرسه (١).

---

(١) الممتع ٣/٦

ونقل المصنف في **المغني** عن القاضي: لا يلزمه تسوية الحفر؛ لأنه لما أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه كان ذلك رضا منه بما يحصل بالقلع من التخريب (٢)، فلم تلزمه التسوية كما لو شرط القلع. ولم يحك عن الأصحاب غيره. وحكى في **الكافي** الوجهين معا.

وأما كون المعير له أخذ ذلك بقيمته إذا أبى المستعير القلع؛ فلأن غرسه حصل في ملك غيره. أشبه الشفيع مع المشتري.

وأما كون الغرس والأرض يباعان لهما إذا أبيا ما ذكر؛ فلأن ذلك طريق إلى تحصيل مالية كل واحد منهما.

ولا بد أن يلحظ في قوله: بيعا لهما أن البيع يكون بالاتفاق لقوله بعد: فإن أبيا البيع ترك بحاله.

فعلى هذا إذا بيعا دفع إلى كل واحد منهما حصته. وطريقه أن يقال: كم قيمة الأرض غير مغروسة؟ فيقال: عشرة. ويقال: كم تساوي مغروسة؟ فيقال: خمسة عشر. فيكون للمعير ثلثا الثمن، وللمستعير ثلثه.

وأما كون ذلك يترك بحاله إذا أبيا البيع؛ فلأن جائز التصرف لا يجبر على بيع ملكه إلا في دين. قال: (وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر. وللمستعير الدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة. ولم يذكر أصحابنا عليه أجرة من حين

---

(١) في ج: كالشفيع إذا أخذ غرسه.

(٢) في هـ: التحريث.." (١)

"قال: (وليس للمستعير أن يعير، فإن فعل فتلف عند الثاني فله تضمين أيهما شاء. ويستقر الضمان على الثاني).

أما كون المستعير ليس له أن يعير؛ فلأن الانتفاع بالعارية مستفاد بالإذن لا بطريق المعاوضة. وهو يختلف باختلاف فاعله. فقد يرضى الشخص بانتفاع شخص دون آخر. وعلل المصنف ذلك في **المغني** بأن العارية: إباحة المنفعة. فلا يجوز أن يبيحها؛ كإباحة الطعام. وهذا صحيح على قول من يقول: العارية إباحة المنفعة، أما من يقول: هي هبة المنفعة فلا يصح ذلك وينبغي حينئذ أن يقال: المنفعة وإن كانت مملوكة للمستعير إلا أن الرقبة باقية على ملك المعير. ويلزم من استيفاء المنفعة السلطة على الرقبة. فوجب أن لا يملك ذلك إلا بإذن من المعير.

فإن قيل: هذا المعنى بعينه موجود في العين المستأجرة، وإجارتها جائزة.

---

(١) الممتع ٣/٩

قيل: الغرض من الإجارة غالبا الأجرة، وذلك لا يختلف. بخلاف العارية فإن الغرض فيها: نفع المستعير، وذلك يختلف بالنسبة إلى من ينتفع.

ولأن الإجارة من باب المعاوضة فهي أبلغ من العارية. ولا يلزم من الجواز في الإجارة الجواز في العارية؛ لقصورها عنها. ويمكن أن يقال: مقتضى الدليل أن لا تجوز في الإجارة؛ لما ذكر، لكن المستأجر قد يستغني عن العين. فلو لم تجز الإجارة لأدى إلى فوات ماله وما قابله، وهذا مفقود في المستعير. فوجب بقاؤه على المنع، عملا بمقتضى الدليل، السالم عن المعارض.

وأما كون مالك العارية له تضمين من شاء من المستعير أولا والمستعير ثانيا إذا أعار (١) الأول العارية لآخر؛ فلأن كل واحد منهما متعد.

فإن قيل: إذا لم يعلم المستعير الثاني الحال لا يوصف بالتعدي.

قيل: إن علم فالعلة ما ذكر، وإن لم يعلم فيجب عليه الضمان لحصول التلف في يده.

---

(١) في هـ: عار.." (١)

"قال: (وإن زرع الأرض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها. وإن أدركها ربها والزرع قائم خير بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه. وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على روايتين. ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب، وعليه الأجرة).

أما كون أجرة الأرض على زارعها غصبا إذا رد الأرض بعد أخذ الزرع؛ فلأنه استوفى نفعها. فوجب عليه عوضه؛ كما لو استوفاه بالإجارة.

ولأن المنفعة مال. فوجب أن تضمن؛ كالعين.

وأما كون رب الأرض يخير بين ترك الزرع إلى الحصاد بالأجرة، وبين أخذه بعوضه على المذهب؛ فلأن كل واحد منهما يحصل غرضه. فملك الخيرة بينهما، تحصيلا لغرضه.

ولأن الحق له. فإذا تركه بأجرة مثله كان رضا منه بأخذ عوضه. فكان له ذلك؛ كالأرض المستأجرة إذا انقضت الإجارة، وفيها زرع فرط في إبقائه.

وإذا أخذه بعوضه كان ذلك له؛ لما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء، وله نفقته» (١). رواه الإمام أحمد وأبو داود

---

(١)<الممتع ٣/١٤

والترمذي. وقال: حديث حسن.

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأن الغاصب لا يجبر على قلع الزرع. وصرح به في **المغني** وغيره؛ لأن في أخذه بعوضه أو تركه بأجرته جمعا بين الحقين.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٠٣) ٣: ٢٦١ كتاب البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٦) ٣: ٤٩٢ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٦٦) ٢: ٨٢٤ كتاب الرهون، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٣٠٨) ٤: ١٤١.." [١]

"ولأنه لو حمل في سفينة غيره مالا وأدخلها لجة البحر لا يجبر على إلقاء المتاع في البحر. ولو غصب لوحا فرقع به سفينة لم يجبر على قلعه في لجة البحر. فكذلك هاهنا.

ولأنه زرع حصل في ملك غيره. فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به؛ كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة.

وأما كون عوض الزرع قيمته وقت أخذه على رواية؛ فلأنها بدل عن الزرع فتقدرت بقيمته.

ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك. فوجب أخذه بقيمته؛ كما لو أخذ الشقص المشفوع.

قال المصنف في **المغني**: فعلى هذا ينبغي (١) أن يجب على الغاصب أجرة الأرض إلى حين تسليم الزرع؛ لأن الزرع كان محكوما له به، وقد شغل به أرض غيره.

وأما كونه له (٢) نفقته على رواية؛ فلما تقدم من الحديث.

والنفقة: هي ما أنفق من البذر، ومؤونة الزرع في الحرث، والسقي، وغيره.

وأما كون الزرع يحتمل أن يكون للغاصب؛ فلأنه نماء البذر، وهو ملكه.

وأما كون الأجرة عليه؛ فلأنه استوفى منفعة الأرض. فلزمته الأجرة لما تقدم.

والأول أصح؛ لما تقدم من الحديث، والجمع بين الحقين.

قال: (وإن غرسها أو بنى فيها أخذ بقلع غرسه، وبنائه، وتسوية الأرض، وأرش نقصها، وأجرتها).

أما كون الغاصب يؤخذ بقلع غرسه؛ فلقوله عليه السلام: «ليس لعرق ظالم حق» (٣) رواه أبو داود والترمذي:

---

(١) الممتع ٣/٢٣

وقال: حديث حسن (٤).

---

(١) في هـ: يجب.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٣) ٣: ١٧٨ كتاب الخراج، باب في إحياء الموات.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٨) ٣: ٦٦٢ كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات.

(٤) ساقط من هـ.." [(١)]

"قال: (وإن غصب خيطا فخاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته. إلا أن يكون الحيوان مأكولا للغاصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟ على وجهين. وإن مات الحيوان لزمه رده إلا أن يكون آدميا).

أما كون الغاصب عليه قيمة الخيط الذي خاط به جرح حيوان غير مأكول؛ فلأنه تعذر رد الخيط إلى صاحبه. فوجب (١) أن يجب بدله وهو القيمة.

وقول المصنف: فعليه قيمته؛ مشعر بأنه: لا يلزمه قلعه. وصرح به في **المغني**؛ لأن الحيوان آكد حرمة من المال. ولهذا يجوز أخذ مال الغير لحفظ حياته.

وأما كونه لا يلزمه رده إذا خاط به جرح حيوان مأكول على وجه؛ فلما تقدم من أن الحيوان آكد حرمة في نفسه، وقد «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة».

وأما كونه يلزمه رده على وجه؛ فلأنه يمكنه ذبح الحيوان، والانتفاع بلحمه، وذلك جائز.

وقول المصنف: للغاصب؛ مشعر بأن الوجهين في ملك الغاصب، فإن كان ملكا لغيره لم يلزمه رده، وصرح به في **المغني**؛ لأن فيه ضررا بصاحب الحيوان، والضرر لا يزال بالضرر. ولا يجوز إتلاف مال من لم يجن، صيانة لمال آخر.

وأما كونه يلزمه الرد بعد موت الحيوان غير الآدمي؛ فلأن الدليل يقتضي الرد، لكونه إيصالا للمال إلى مالكه خولف فيما إذا كان الحيوان حيا لحرمته. فبقي فيما عدا الحيوان على مقتضى الدليل.

ولأن عدم الرد في الحياة إنما كان خشية التلف فإذا مات أمكن ذلك.

وأما كونه لا يلزمه الرد في الآدمي الميت؛ فلأن حرمة الميت كحرمة الحي، وقد جاء في الحديث: «كسر

---

(١) الممتع ٣/٢٤

عظم الميت ككسر عظم الحي» (٢).

---

(١) في هـ: فيجب.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٢٠٧) ٣: ٢١٢ كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٦١٧) ١: ٥١٦ كتاب الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت. قال في الزوائد: في إسناده عبد الله بن زياد، مجهول. ولعله عبد الله بن زياد بن سمعان المدني، أحد المتروكين.." (١)

"ولأن كل ما فعله الإنسان بماله لا يزيل ملكه عنه، إذا فعله بملك غيره لا يزيل ملكه عنه؛ لأن الفعل المذكور إذا لم يكن صالحا للإزالة. فلأن لا يكون صالحا للإزالة في ملك غيره بطريق الأولى.

وأما كونه يرد أرش النقص إن نقص المغصوب بذلك؛ فلأنه حصل بفعله.

وأما كون الغاصب لا شيء له بعمله المؤدي إلى الزيادة على المذهب؛ فلأنه تبرع في ملك غيره.

وأما كونه شريكا بالزيادة على رواية؛ فلأن الزيادة حصلت بمنافعه، والمنافع تجري مجرى الأعيان. أشبه ما لو غصب ثوبا فصبغه. وفرق المصنف بينهما بأن الصبغ عين مال لا يزول ملك مالكه عنه بجعله مع ملك غيره. بخلاف ما ذكر. وذكر أبو الخطاب: أنه يكون شريكا على الصحيح.

وأما كونه يملك ذلك وعليه قيمته على قول أبي بكر؛ فلأنه يروى «أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوما من الأنصار في دارهم. فقدموا إليه شاة مشوية. فجعل يلوكها ولا يسيغها. فقال: إن هذه الش١ة لتخبرني أنها أخذت بغير حق. فقالوا: نعم يا رسول الله! طلبنا شاة في السوق فلم نجد. فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أطعموها الأسرى» (١).

وجه الدلالة: أنه لو لم ينقطع ملك المالك لأمر بردها إليه.

وذكر المصنف في **المغني**: أن كلام أحمد يدل على أن الغاصب ملكها بالقيمة. ثم قال: إلا أن المذهب ما قلناه. يعني: أن الملك باق على ملك مالكه، ووجهه (٢) ما تقدم. ثم (٣) قال: والحديث غير معروف كما روي.

---

(١) الممتع ٣/٢٦

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج أحمد في مسنده عن جابر: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه مروا بامرأة. فذبحت لهم شاة واتخذت لهم طعاما. فلما رجع قالت: يا رسول الله! إنا اتخذنا لكم طعاما فادخلوا فكلوا. فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه، وكانوا لا يتبدؤون حتى يبتدأ النبي صلى الله عليه وسلم. فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم لقمة. فلم يستطع أن يسيغها. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: هذه شاة ذبحت بغير إذن أهلها. فقالت المرأة: يا نبي الله! إنا لا نحتشم من آل سعد بن معاذ ولا يحتشمون منا. نأخذ منهم ويأخذون منا». (١٤٨٢٧) ٣: ٣٥١.

(٢) في هـ: ووجه.

(٣) ساقط من هـ.." [(١)]

"قال: (وإن غصب أرضا فحفر فيها بئرا، ووضع ترابها في أرض مالكها: لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين).

أما كون الغاصب لا يملك طم البئر المتقدم ذكرها إذا أبرأه المالك من الضمان في وجه؛ فلأنه إتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله؛ كما لو غصب نقرة فضربها دراهم ثم أراد ردها نقرة.

وأما كونه يملك طمها في وجه؛ فلأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك له؛ لأنه إبراء مما لم يجب بعد. ولأنه إبراء من حق غيره، وهو الواقع فيها.

وكلام المصنف في **المغني** يشعر بترجيح الأول؛ لأنه قال بعد ذكر المسألة: ولنا: أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي، فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان، وليس هذا إبراء مما لم يجب إنما هو إسقاط للتعدي لرضاه بذلك.

وفي تقييد المصنف الخلاف المذكور بوضع التراب في أرض المالك، وبإبرائه: إشعار بأن الغاصب إذا وضع التراب في أرض غير المالك، أو لم يبرئه صاحب الأرض لا يجري الخلاف المذكور. وهو صحيح: أما مع كون التراب في أرض غير المالك؛ فلأن التراب متى كان في أرض غير (١) المالك كان له في طم البئر غرض منه، أمنه من إلزامه نقل التراب إلى موضع يستضر بنقله إليه.

وأما مع عدم إبراء المالك من الضمان؛ فلما فيه من الضرر اللاحق به، المنفي شرعا.

قال: (وإن غصب حبا فزرعه، أو بيضا فصار فرخا، أو نوى فصار غرسا: رده، ولا شيء له. ويتخرج فيه مثل الذي قبله).

---

(١) الممتع ٣/٢٨

أما كون الغاصب يرد ما ذكر على المذهب؛ فلأنه عين مال مالكه.

وأما كونه لا شيء له؛ فلأنه تبرع بفعله.

وأما كون ما ذكر يتخرج فيه مثل الذي قبله. والمراد به الغزل إذا نسج؛ فلأنه يساويه معنى. فوجب أن يساويه حكما.

---

(١) ساقط من هـ.." [(١)]

"فعلى هذا يباع، ويقسم بينهما على قدر ملكيهما.

قال: (وإن غصب ثوبا فصبغه، أو سويقا فلته بزيت، فنقصت قيمتهما، أو قيمة أحدهما: ضمن النقص. وإن لم تنقص ولم تزد، أو زادت قيمتهما: فهما شريكان بقدر ماليهما. وإن زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه).

أما كون الغاصب يضمن النقص إذا نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما؛ فلأنه نقص حصل بتعديه. فضمن؛ كما لو أتلف بعضه.

ولا بد أن يلحظ أن النقص هنا بسبب العمل. فإن كان بسبب تغير السعر لم يضمنه. صرح به المصنف في **المغني**.

وأما كونهما شريكين بقدر ماليهما إذا لم ينقص ولم يزد، أو زادت قيمتهما؛ فلأن عين الصبغ ملك الغاصب، واجتماع الملكين يقتضي الاشتراك.

وأما كون الزيادة لصاحب الملك الذي زادت قيمته؛ فلأنها تبع للأصل.

قال: (فإن أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه. ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص).

أما كون كل واحد من الغاصب والمغصوب منه لا يجبر على قلع الصبغ على الأول؛ فلأن المزيد إما المغصوب منه وإما الغاصب: فإن كان المغصوب منه لم يجبر الغاصب عليه؛ لأن الصبغ يهلك بالإخراج وقد أمكن وصول الحق إلى صاحبه بدونه وهو البيع، وإن كان الغاصب لم يجبر المغصوب منه؛ لأن ماله ينقص بسبب أخذه.

---

(١) الممتع ٣/٢٩

وأما كون المغصوب منه يحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص؛ فلأن المانع ما يلحقه من الضرر، فإذا ضمنه الغاصب انتفى. فوجب أن يجبر. عملا بالمقتضي له، السالم عن المعارض.." (١)

"واعلم أن المذهب فيما ذكر: أن الغاصب إذا أراد قلع الصبغ أجبر المالك، وأن المالك إذا أراد قلعه لم يجبر الغاصب؛ لأن ضرر المالك يندفع بضمان الغاصب نقص الثوب بالقلع. بخلاف الغاصب فإن ضرره لا يندفع لفوات صبغه بالكلية.

وقال المصنف في **المغني**: إن لم يكن للصبغ قيمة إذا قلع، فأراد الغاصب القلع: لم يكن له ذلك؛ لأنه سفه.

قال: (وإن وهب الصبغ للمالك، أو وهبه تزويق الدار، ونحوها. فهل يلزم قبولها؟ على وجهين).

أما كون المالك يلزمه القبول على وجه؛ فلأن الصبغ صار من صفات العين. فهو كزيادة الصفة في السلم.

وأما كونه لا يلزمه على وجه؛ فلأن الصبغ عين يمكن إفرادها. فلم يلزمه قبولها؛ كما لو وهبه عينا مفردة.

قال: (وإن غصب صبغا فصبغ به ثوبا، أو زيتا فلت به سويقا: احتمل أن يكون كذلك، واحتمل أن تلزمه قيمته، أو مثله إن كان مثليا).

أما كونه يحتمل أن يكون الغاصب والمغصوب منه شريكين بقدر مٰاليهما، وهو المعني بقول المصنف رحمه الله: احتمل أن يكون كذلك؛ فقياس على ما إذا غصب ثوبا فصبغه.

وأما كونه يحتمل أن يلزم الغاصب مثله إن كان مثليا، وإلا فقيمته؛ فلأن الصبغ والزيت صار في الثوب والسويق مستهلكين. أشبه ما لو أتلفهما.

قال: (وإن غصب ثوبا وصبغا، فصبغه به: رده وأرش نقصه، ولا شيء له في زيادته).

أما كون الغاصب يرد الثوب؛ فلأنه عين ملك غيره.

وأما كونه يرد أرش النقص؛ فلأنه حصل بفعله.

وأما كونه لا شيء له في زيادته؛ فلأنه متبرع.." (٢)

"وعلى قولنا: لا يرجع به عليه إذا ضمنه الغاصب: رجع به على المشتري؛ لأنه يصير بمنزلة قيمة العين.

قال: (وإن ولدت من زوج، فمات الولد: ضمنه بقيمته، وهل يرجع بها على الغاصب؟ على روايتين).

---

(١) الممتع ٣/٣٦

(٢) الممتع ٣/٣٧

أما كون الزوج يضمن الولد بالقيمة؛ فلأنه ينعقد رقيقا؛ لأن الواطئ لا يعتقد أنها مملوكة. بخلاف المشتري الجاهل بالغصب.

وأما كونه يرجع بالقيمة على الغاصب على رواية؛ فلأن الغاصب غره.

ولأنه دخل على أن الولد إن تلف تلف على مالك الجارية؛ لأنه مملوكه.

وأما كونه لا يرجع بها على رواية؛ فلأن التلف حصل في يده. أشبه تلف الجارية.

قال: (وإن أعارها، فتلفت عند المستعير: استقر ضمان قيمتها عليه، وضمان الأجرة على الغاصب).

أما كون ضمان القيمة يستقر على المستعير؛ فلأن العارية مضمونة بالقيمة.

وأما كون ضمان الأجرة يستقر على الغاصب؛ فلأن المستعير دخل على أن يستوفي المنافع مجانا. ويجب أن لا يكون المستعير هاهنا عالما بالغصب؛ لأنه إذا كان عالما به استقر عليه قيمة العين والأجرة. صرح به المصنف في **المغني**.

وفي قول المصنف رحمه الله (١): استقر: تنبيه على أن للمالك مطالبة من شاء منهما. وهو صحيح؛ لما تقدم.

فعلى هذا إن ضمن المالك الغاصب قيمة العين رجع بها على المستعير، وإن ضمنها المستعير لم يرجع بها على الغاصب. ولو ضمن الغاصب الأجرة لم يرجع بها على المستعير. ولو ضمنها المستعير رجع بها على الغاصب. وهذا هو المعني بالاستقرار.

وحكى المصنف في **المغني** في المستعير وجها: أنه لا يرجع إذا ضمن الأجرة؛ لأنه انتفع ببدلها، وهو نظير المهر وأرش البكارة مما تقدم.

---

(١) ساقط من هـ.." (١)

"قال: (وإذا اشترى أرضا فغرسها، أو بنى فيها فخرجت مستحقة، فقلع غرسه وبناءه: رجع المشتري على البائع بما غرمه. ذكره القاضي في القسمة).

أما كون المشترى يرجع بما غرمه على البائع؛ فلأن البائع غره. فوجب أن يرجع بما غرمه عليه. أشبه ما غرمه المشتري من الغاصب من قيمة ولد ونحوه (١).

وأما قول المصنف: ذكره القاضي في القسمة؛ فتنبيه على أن الحكم نقل في الباب المذكور.

---

(١) الممتع ٤٢/٣

قال: (وإن أطعم المغصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه. وإن لم يعلم وقال له الغاصب: كله، فإنه طعامي: استقر الضمان على الغاصب. وإن لم يقل ففي أيهما يستقر الضمان عليه؟ وجهان).

أما كون الضمان يستقر على الآكل العالم بالغصب؛ فلأنه أتلف مال الغير من غير تغرير. فوجب استقرار الضمان عليه؛ كما لو غصبه ثم أكله.

وأما كونه يستقر على الغاصب إذا قال لمن لا يعلم أنه غصب: كله، فإنه طعامي؛ فلأنه غره.

وأما كونه يستقر على الآكل إذا لم يقل الغاصب في وجه؛ فلأنه ضمن ما أتلف. فلم يرجع على أحد.

وأما كونه يستقر على الغاصب في وجه؛ فلأنه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه. وذكر المصنف في **المغني** هذين الوجهين روايتين.

قال: (وإن أطعمه لمالكه، ولم يعلم: لم يبرأ. نص عليه في رجل له عند رجل تبعة، فأوصلها إليه على أنها صلة أو هدية، ولم يعلم: كيف هذا. يعني أنه لا يبرأ. وإن رهنه عند مالكه، أو أودعه إياه، أو أجره، أو استأجره على قصارته وخياطته: لم يبرأ إلا أن يعلم. وإن أعاره إياه برئ علم أو لم يعلم).

أما كون من أطعم المغصوب لمالكه، وهو لا يعلم: لا يبرأ؛ فلأنه بالغصب أزال يد المالك وسلطته (٢)، وبالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطة؛ لأنه لا يتمكن

---

(١) في هـ: ونحوها.

(٢) في هـ: وسلطه.." (١)

"من التصرف فيه بكل ما يريد من الأخذ والصدقة وغير ذلك فلم يزل عنه الضمان؛ كما لو علفه لدواب المغصوب منه.

وفي قول المصنف رحمه الله: لم يعلم؛ إشعار بأنه إذا أكله عالما بأنه طعامه برئ الغاصب. وهو صحيح لزوال ما ذكر قبل. وصرح به المصنف في **الكافي**، وعلله: بأنه أتلف ماله برضاه عالما به.

وأما كون من رهنه عند مالكه، أو أودعه إياه، أو أجره، أو استأجره على قصارته أو خياطته: لا يبرأ إذا لم يعلم المالك أن ذلك ملكه؛ فلأن الغاصب أزال يد المالك وسلطته (١)، ولم يعد ذلك بما ذكر.

وأما كونه يبرأ إذا علم؛ فلتمكنه من التصرف فيه على حسب اختياره.

وأما كونه يبرأ إذا أعاره إياه علم أو لم يعلم؛ فلأنه دخل على أنه مضمون عليه.

---

(١) الممتع ٣/٤٣

قال: (ومن اشترى عبدا، فأعتقه، فادعى رجل أن البائع غصبه منه، فصدقه أحدهما: لم يقبل على الآخر. وإن صدقاه مع العبد لم يبطل العتق. ويستقر الضمان على المشتري. ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم).

أما كون تصديق أحد الرجلين من البائع والمشتري المدعي لا يقبل على الآخر؛ فلأن إقرار كل واحد منهما إقرار على غيره، وذلك غير مقبول.

وأما كون العتق لا يبطل مع تصديقهما إياه وتصديق العبد على المذهب؛ فلأن العتق حق لله تعالى، ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق فقال العبد: ما أعتقني لم يقبل منه.

وأما كونه يستقر الضمان على المشتري؛ فلأن التلف حصل في يده.

وأما كونه يحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم؛ فلأن مجهول النسب يصح إقراره بالرق، وقد أقر به، ووافقه عليه من له به تعلق. فوجب ثبوت الرق. عملا بمقتضيه السالم عن معارضه.

---

(١) في هـ: وسلطه.." (١)

"فصل [في أجرة المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (وإن كان للمغصوب أجرة فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده. وعنه: التوقف عن ذلك. قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه).

أما كون الغاصب عليه أجرة المغصوب مدة مقامه في يده على المذهب؛ فلأن ما ضمن بالإتلاف في العقد الفاسد وجب أن يضمنه الغاصب بمجرد التلف في يده؛ كالأعيان.

وأما كون ذلك يتوقف عنه على رواية؛ فلأن قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان» (١) يقتضي كون الخراج للغاصب؛ لأن الضمان عليه، وذلك ينفي كون الأجرة عليه، وحينئذ يجب التوقف.

وأما قول المصنف رحمه الله: قال أبو بكر: هذا قول قديم رجع عنه؛ فتنبيه على ضعف هذه الرواية، ولذلك قال المصنف في **المغني**: المذهب الأول؛ لما ذكر.

ولأنه فوت متقوما. فوجب ضمانه؛ كالأعيان. أو نقول: مال متقوم مغصوب. فوجب ضمانه؛ كالعين.

وأما الخبر فوارد في البيع، ولا يدخل فيه الغاصب؛ لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع.

---

(١) الممتع ٣/٤٤

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبا.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٦) ٣: ٥٨٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيبا.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.." [١]

"ولأن العادة حفظها نهارا. دون أهل المواشي.

وذكر المصنف في **المغني**: أن القاضي قال: هذا محمول على المواضع التي فيها المزارع والمراعي، فأما القرى العامرة التي ليس فيها مرعى إلا بين قراحين (١)؛ كساقية، وطريق، وطرف زرع: فليس لصاحبها إرسالها بغير حافظ عن الزرع. فإن فعل فعليه الضمان؛ لأنه مفرط.

ولا بد أن يلحظ في ضمان ما أتلفت (٢) البهيمة من الزرع والشجر ليلا: أن يكون المالك قد فرط في إرسالها، فإن لم يكن فرط مثل: إن حفظها فانفلتت من ذلك، أو أخرجها غيره من لص وغيره لم يضمن؛ لأن الموجب للضمان تفريطه في إرسالها، وذلك مفقود فيما ذكر. لكن إن كان المرسل غيره وجب الضمان عليه؛ لأنه السبب في الإتلاف.

وقول المصنف رحمه الله: وما أفسدت من الزرع والشجر مشعر بأمرين:

أحدهما: أن ضمان ما ذكر مشروط بكون البهيمة في يد راكب وسائق وقائد؛ لأنه عطفه على ضمان ما جنت يدها أو فمها بعد اشتراط كونها في يد إنسان موصوف بما ذكر. وليس كذلك بل ذلك يضمن سواء كانت في يد أحد (٣) أو لا. صرح بذلك المصنف رحمه الله في **المغني** وغيره من الأصحاب.

وثانيهما: أن الحكم المذكور مختص بالزرع والشجر؛ لأنه خصهما بالذكر. وليس كذلك أيضا عند الأصحاب. صرح به صاحب المستوعب. فقال فيه: وما أتلفت البهائم من الزرع وغيرها ليلا فعلى صاحبها ضمانه. ووجهه (٤) عموم قوله عليه السلام: «وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم» (٥).

وقال صاحب **المغني** فيه: وإن أتلفت غير الزرع لم يضمن مالكها، نهارا كان أو ليلا، وعلله بقوله عليه السلام: «العجماء جبار» (٦)، وبأن البهيمة لا تتلف ذلك

---

(١) الممتع ٣/٤٨

(١) القراح: المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر. ر المصباح مادة: قرح.

(٢) في ج: أتلفته.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) في هـ: ووجه.

(٥) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٦) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"قال: (ولا شفعة فيما لا تجب قسمته، كالحمام الصغير، والبئر، والطرق، والعراص الضيقة. وما ليس بعقار، كالشجر، والحيوان، والبناء المفرد في إحدى الروايتين. إلا أن البناء والغراس يؤخذ تبعا للأرض. ولا تؤخذ الثمرة والزرع تبعا في أحد الوجهين).

أما كون الشفعة لا تثبت فيما لا تجب قسمته كما مثل المصنف رحمه الله في رواية؛ فلأن ذلك لا يمكن قسمته شرعا؛ لما فيها من الضرر.

وقوله: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» (١) مشعر بأن الشفعة إنما تكون فيما يمكن قسمته.

وأما كون الشفعة لا تثبت فيما ليس بعقار كما مثل المصنف رحمه الله في رواية؛ فلأن ذلك لا يبقى على الدوام فلم تجب الشفعة فيه، كالصبرة.

وأما كون الشفعة تثبت في ذلك كله في رواية؛ فلعموم قوله صلى الله عليه وسلم (٢): «الشفعة فيما لم يقسم» (٣).

ولأن الشفعة وضعت لإزالة الضرر، ووجود الضرر بالشركة فيما لم يقسم أبلغ منه فيما يقسم.

ولأن ابن أبي مليكة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الشفعة في كل شيء» (٤).

وكلام المصنف في **المغني** يقتضي نصر الأول؛ لما تقدم.

ولأنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» (٥) رواه أبو عبيد في غريبه.

وعن عثمان: «لا شفعة في بئر ولا فحل» (٦).

ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة،

---

(١) الممتع ٣/٥٧

وقد يمتنع المشتري من الشراء لأجل الشفيع فيتضرر

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) زيادة من ج.

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧١) ٣: ٦٥٤ كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الشريك شفيع.

(٥) أخرجه أبو عبيد في غريبه ١: ٤٣٢.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٠٥ كتاب الشفعة، باب الشفعه فيما لم يقسم.." [١]

"وأما كونها لا تسقط إذا علم وهو غائب وأشهد على الطلب بها؛ فلأنه لا يمكنه الطلب وهو غائب.

وأما كونها تسقط إذا أخر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه، أو لم يشهد لكن سار في طلبها على وجه؛ فلأنه تارك للطلب في الأولى ولبدله في الثانية. فسقطت شفعته، كما لو كان حاضرا ولم (١) يشهد.

وأما كونها لا تسقط على وجه: أما في الأولى؛ فلأن عليه في السفر عقيب الإشهاد ضررا لالتزامه كلفته، وقد تكون له حوائج وتجارة تنقطع وتضيع لغيبته، والتوكيل بجعل فيه غرامة، وبغيره فيه منة.

وأما في الثانية؛ فلأن السير لأجل طلب الشفعة فلم تسقط معه. أشبه ما لو أشهد على الطلب.

واعلم أن المصنف رحمه الله قال في **المغني**: وإن أخر القدوم بعد الإشهاد. بدل قوله: وإن أخر الطلب بعد الإشهاد. [وهو صحيح؛ لأنه لا وجه لإسقاط الشفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد] (٢) وهو غائب؛ لأن الطلب حينئذ لا يمكن. بخلاف (٣) القدوم فإنه ممكن. وتأخير ما يمكن لإسقاطه الشفعة وجه. بخلاف تأخير ما لا يمكن.

قال: (وإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه عنهما (٤) كالمريض والمحبوس. ومن لا يجد من يشهده، أو لإظهارهم زيادة في الثمن، أو نقصا في المبيع، أو أنه موهوب له، أو أن المشتري غيره، أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه: فهو على شفعته).

أما كون الشفيع على شفعته مع العجز المذكور (٥)؛ فلأنه معذور في ذلك. أشبه ما لو لم يعلم.

---

(١) في هـ: أو لم.

---

[١] الممتع ٣/٦٥

(٢) ساقط من أ.

(٣) في هـ: تحدد.

(٤) في هـ: عنها.

(٥) في ج: مع العجز وعدم الوجدان.." [١]

"وأما كون الشفعة لا تسقط بإسقاطها قبل البيع على المذهب؛ فلأنه إسقاط حق قبل وجوبه. فلم تسقط، كما لو أبرأه مما يجب له، أو كما لو أسقطت (١) المرأة مهرها قبل التزويج.

وأما كونه يحتمل أن تسقط؛ فلأن مفهوم قوله صلى الله عليه وسلم: «فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به» (٢) أنه إذا باع بإذنه لا (٣) حق له فيه. وذكر المصنف في **المغني** هذا الاحتمال رواية. وأجاب عن الحديث بأن النبي صلى الله عليه وسلم يحتمل أنه أراد العرض عليه ليبتاع ذلك إن (٤) أراد فتخف عليه المؤونة، ويكتفي أخذ المشتري للشقص. لا أنه يسقط حقه بإذنه.

قال: (وإن ترك الولي شفعة للصبي، فيها حظ: لم تسقط، وله الأخذ بها إذا كبر. وإن تركها لعدم الحظ فيها سقطت. ذكره ابن حامد. وقال القاضي: يحتمل أن لا تسقط).

أما كون شفعة الصبي إذا تركها وليه، وله فيها حظ: لا تسقط؛ فلأن الشفعة وجبت بالبيع وإسقاط الولي لذلك لا يصح؛ لأنه إسقاط حق للمولى عليه لا حظ له في إسقاطه. فلم يصح، كالإبراء، وإسقاط خيار الرد بالعيب. وإذا ثبت أنه ليس له الإسقاط فتركه أولى أن لا يكون موجبا للسقوط. فيعمل موجب البيع عمله لسلامته عن الموجب للسقوط.

وأما كون الصبي له الأخذ بها إذا كبر؛ فلأنه لم يتمكن من الأخذ إلا في ذلك الوقت.

وأما كونها تسقط إذا تركها الولي لعدم الحظ فيها على قول ابن حامد؛ فلأن الولي فعل ما له فعله. فلم يجز للصبي نقضه، كالرد بالعيب.

ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي. فصح، كالأخذ مع الحظ.

---

(١) في هـ: أسقط.

(٢) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

---

(١) الممتع ٣/٦٨

(٣) في هـ: فلا.

(٤) ساقط من هـ.." [(١)]

"فصل [الشرط الخامس]

قال المصنف رحمه الله: (الخامس: أن يكون للشفيع ملك سابق. فإن اشترى اثنان دارا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه. فإن ادعى كل واحد السبق، فتحالفا، أو تعارضت بينتاهما: فلا شفعة لهما).

أما كون الخامس من شروط الشفعة: أن يكون للشفيع ملك سابق؛ فلأن الشفعة ثبتت لإزالة الضرر عن شريك البائع، فإذا لم يكن له ملك سابق على الشراء لم يكن شريكا للبائع.

وأما كونه لا شفعة لأحد المشتريين دارا صفقة واحدة على صاحبه؛ فلأن شرط استحقاق الشفعة سبق الملك، وهو معدوم هنا.

وأما كونه لا شفعة لهما إذا ادعى كل واحد منهما السبق فتحالفا أو تعارضت بينتاهما؛ فلأن من شرطها أن يكون الملك سابقا على الشراء ولم يتحقق ذلك.

قال: (ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين).

أما كونه لا شفعة بشركة الوقف في وجه، فلأن مستحق الوقف: إما غير مالك، والشفعة لا تثبت لغير المالك. وإما مالك لكن ملكه غير تام لكونه لا يستفيد به تصرفا في الرقبة. والملك غير التام لا يستفاد به ملك تام.

ولأن الوقف لا تستحق فيه الشفعة. فلم تجب به، كغير المنقسم.

وأما كون الشفعة تستحق بذلك في وجه؛ فكالملك الطلق.

وقال المصنف في **المغني**: قال أبو الخطاب: هذا -يعني هذين الوجهين- ينبني على الملك في الوقف، وفيه روايتان. فإن قيل: الوقف مملوك تثبت فيه الشفعة، وإلا فلا.." [(٢)]

"ولأن (١) ذلك وجد بعد استقرار العقد. فلم يثبت في حق الشفيع، كما لو وهب أحدهما الآخر

(٢) عينا أخرى.

قال: (وإن كان مؤجلا أخذه الشفيع بالأجل إن (٣) كان مليا، وإلا أقام كفيلا مليا وأخذ به).

أما كون الشفيع يأخذ المشفوع المبيع بثمن مؤجل بالأجل؛ فلأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن وصفته،

---

(١) الممتع ٣/٧٠

(٢) الممتع ٣/٧٦

والتأجيل من صفته.

وأما قول المصنف رحمه الله: إن كان مليا وإلا أقام كفيلا مليا؛ فتنبيه على اشتراط الملاءة أو إقامة الشفيع كفيلا مليا في استحقاق الشفعة؛ لأنه لو أخذ بدون ذلك لتضرر المشتري، والضرر لا يزال بالضرر.

قال: (وإن كان الثمن عرضا أعطاه مثله إن كان ذا مثل، وإلا قيمته).

أما كون الشفيع يعطي المثل إذا كان الثمن (٤) مثليا، كالحنطة والشعير ونحو ذلك؛ فلأنه أقرب إلى مساواة ما دفعه. ولهذا يجب المثل في الإتلاف، والقرض، ونحو ذلك.

وأما كونه يعطى القيمة إذا كان عرضا لا مثل له، كالثياب والحيوان، فلتعذر المثل.

ولأن (٥) ذلك بدله في الإتلاف.

وفي كلام المصنف رحمه الله تنبيه على أن كون الثمن غير مثلي لا يمنع استحقاق الشفعة. وصرح به في **المغني**؛ لأنه أحد نوعي الثمن. فجاز أن تثبت به الشفعة، كالمثلي.

---

(١) في هـ: فلأن.

(٢) في هـ: للآخر.

(٣) في هـ: وإن.

(٤) في هـ: عرضا.

(٥) في هـ: فلأن.." [١]

"وأما كونه له الأخذ إذا قامت له بينة؛ فلأن البيع يثبت بحقوقه. والأخذ بالشفعة من حقوقه.

وأما كونه يقال للمشتري بعد أخذ المشفوع منه: إما أن تقبل الثمن، وإما أن تبرئ منه؛ فلأن الثمن صار مستحقا له. فيقال له ذلك لتحصل براءة الشفيع.

قال: (وإن كان عوضا في الخلع، أو النكاح، أو عن دم عمد فقال القاضي: يأخذه بقيمته. وقال غيره: يأخذه بالدية، ومهر المثل).

أما كون الشفيع يأخذ ما ذكر بقيمته على قول القاضي؛ فلأنه ملك الشقص القابل للشفعة ببدل، ليس بمثلي. فوجب الرجوع إلى القيمة، كما لو ملكه بسلعة لا مثل لها.

وأما كونه يأخذه بالدية ومهر المثل على قول غيره؛ فلأن ذلك بدل المشفوع. فوجب أن يؤخذ به، كالثمن.

---

(١) الممتع ٣/٨٢

واعلم أن الاختلاف في صفة الأخذ يعتمد الأخذ بالشفعة في الصور (١) المذكورة. وفيه وجهان:

أحدهما: لا شفعة فيها.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: ظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه، وهو قول أبي بكر. ثم قال: قال (٢) القاضي: هو قياس المذهب؛ لأن ما يقابل المبيع ليس بمال.

ولأن الأخذ: إما بالقيمة وهو ممتنع؛ لأنه ليس بعوض للمبيع، وإما بالمهر وفيه تقويم البضع على الأجانب وإضرار بالشفيع؛ لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى؛ لأن المهر يسامح به في العادة. بخلاف البيع.

فإن قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أن القاضي يثبت استحقاق الشفعة، وما ذكر في **المغني** يناقضه!

---

(١) في هـ: الصورة.

(٢) ساقط من هـ.." [1]

"قيل: قول القاضي هنا في صفة الأخذ لا في أصله. ويجب حمل كلامه هنا على ذلك دفعا للتناقض، وقد صرح بذلك في **المغني** فقال: وقال ابن حامد: تجب فيه الشفعة. ثم قال: قال القاضي: قياس قول ابن حامد يأخذ الشقص بقيمته.

والوجه الثاني: فيه الشفعة؛ لأنه عقد معاوضة. فجاز أن تثبت الشفعة في الأرض المملوكة به، كالبيع.." [2]

"فصل [مسائل من الشفعة]

قال المصنف رحمه الله: (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه. نص عليه. ويحتمل أن يجب).

أما كونه لا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه على المنصوص؛ فلأن في الأخذ التزام المشتري بالعقد (١) قبل رضاه بالتزامه، وإيجاب العهدة عليه، وتفويت (٢) حقه من الرجوع في عين الثمن.

وأما كونه يحتمل أن يجب؛ فلأن الملك انتقل إلى المشتري. فوجب أن تجب الشفعة لشريكه؛ لإزالة ضرر الشركة.

قال: (وإن أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة؟ على وجهين).

أما كون الشفعة فيما ذكر تجب على وجه؛ فلأن البائع أقر بحقين: حق للمشتري، وحق للشفيع. فإذا سقط

---

(١) الممتع ٣/٨٤

(٢) الممتع ٣/٨٥

حق المشتري بإنكاره لم يسقط حق الشفيع، كما لو أقر بدار لرجلين، فأنكر أحدهما.

وأما كونها لا تجب على وجه؛ فلأن الشفعة فرع البيع، فإذا لم يثبت البيع لم يثبت فرعه.

قال المصنف في **المغني**: نصر الشريف أبو جعفر في مسائله يعني الأول. وقال: لا نص فيه عن أحمد.

قال: (وعهدة الشفيع على المشتري، وعهدة المشتري على البائع).

---

(١) في هـ: العقد.

(٢) في هـ: وتفوت.." [1]

"وأما كون الكافر لا شفعة له على مسلم؛ فلما روى الدارقطني في العلل بإسناده عن أنس أن (١) النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا شفعة لنصراني» (٢).

ولأنه معنى يملك به، يترتب وجوبه على وجود ملك مخصوص. فلم تجب للذمي على المسلم، كالزكاة.

ولأنه معنى يختص العقار، فلا يثبت لذمي على مسلم؛ كالاستعلاء في البنيان.

وفي قول المصنف رحمه الله: ولا شفعة لكافر على مسلم؛ إشعار بأن للذمي على الذمي شفعة. وصرح به في **المغني**؛ لعموم الأدلة المقتضية لثبوت الشفعة، وزوال المعنى المذكور في المسلم.

قال: (وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال، أو لرب المال على المضارب فيما يشتريه للمضاربة؟ على وجهين).

أما كون الشفعة تجب للمضارب -والمراد بذلك: أن المضارب إذا كان له شقص في دار، فاشترى بمال المضاربة بقيتها- على وجه؛ فلأن في ذلك دفعا لضرر الشركة.

وأما كونها لا تجب على وجه؛ فلأن له في مال المضاربة تعلق (٣) في الجملة. أشبه رب المال.

وقال المصنف في **المغني**: إن لم يكن له في مال المضاربة ربح فله الشفعة. وإن كان فيها (٤) ربح، وقلنا: لا يملكه بالظهور فكذلك. وإن قلنا: يملكه بالظهور ففيه وجهان، كما في رب المال.

وقال صاحب النهاية فيها بعد أن حكى قريبا مما ذكر: وعندي أنه لا شفعة للعامل فيما اشتراه، كالوكيل والوصي.

---

(١) في هـ: عن.

---

[1] الممتع ٣/٨٦

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٠٨ كتاب الشفعة، باب روايه ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة.

وأخرجه الطبراني في الصغير ١: ٢٠٦.

(٣) في هـ: تعلقه.

(٤) في هـ: بها.." [١]

"وأما كون الشفعة تجب لرب المال على المضارب -والمراد بذلك: أن يكون له شقص في دار فيشتري المضارب من مال المضاربة بقيتها- على وجه؛ فلأن مال المضاربة كالمنفرد بنفسه لتعلق حق الغير به.

ولأن المضارب يستحق البيع، ورب المال يثبت الملك لنفسه بالشفعة ليقطع حق العامل من ذلك، وصار ذلك بمنزلة ما إذا كان المشتري شريكا، فإن الشفعة بينه وبين شريكه، وهذه شفعة في الحقيقة لم تجلب ملكا وإنما أثبتته وقررته. فكذلك هاهنا.

وأما كونها لا تجب له على وجه؛ فلأن الملك وقع له. فلا يستحق الشفعة على نفسه.

وقال المصنف في **المغني**: هذان الوجهان مبنيان على شراء رب المال من مال المضاربة.

وقال صاحب النهاية فيها بعد أن ذكر التعليل المذكور قبل: هذا تكلف. والصحيح نفي الشفعة. والشقص كسائر أموال القراض. والله أعلم (١).

---

(١) زيادة من ج.." [٢]

"وأما كونه يضمن على رواية، فلما روي «أن أنسا كانت عنده وديعة فذهبت. فرفع الأمر إلى عمر. فقال: هل ذهب معها شيء؟ قال: لا. فقال: اغرمها» (١).

قال المصنف في **المغني**: قال القاضي: الأولى أصح؛ لما ذكر قبل. وحديث عمر محمول على التفريط.

قال: (ويلزم حفظها في حرز مثلها. فإن عين صاحبها حرزا، فجعلها في دونه: ضمن. وإن أحرزها بمثله، أو فوقه: لم يضمن. وقيل: يضمن إلا أن يفعله لحاجة).

أما كون المودع يلزمه حفظ الوديعة في حرز مثلها؛ فلأن الله تعالى أمر بأدائها، ولا يمكن (٢) ذلك إلا

---

(١) الممتع ٨٨/٣

(٢) الممتع ٨٩/٣

بالحفظ.

ولأن فائدة الوديعة الحفظ وحرز المثل معتبر في مواضع. فكذلك هاهنا.

وأما كونه يضمن إذا عين صاحبها حرزا، فجعلها المودع في دونه؛ فلأنه خالفه في حفظ ماله.

وأما كونه لا يضمن إذا أحرزها بمثل الحرز أو فوقه على المذهب؛ فلأن تنصيصه على الحرز يقتضي الحفظ فيه، وفيما يقوم مقامه، كمن اكترى أرضا لزرع الحنطة فإن له زرعها بها وبما هو مثلها في الضرر.

وأما كونه يضمن إذا فعل ذلك لغير حاجة في وجه، فلأنه خالف المالك.

وأما كونه لا يضمن إذا فعل ذلك لحاجة، مثل: أن يخاف عليها سيلا، أو حريقا، أو نحو ذلك؛ فلأنه حينئذ لا يعد مفرطا، بل يعد ترك ذلك تفريطا.

قال: (وإن نهاه عن إخراجها فأخرجها لغشيان شيء الغالب منه التوى: لم يضمن. وإن تركها فتلفت ضمن. وإن أخرجها لغير خوف ضمن).

أما كون المودع لا يضمن فيما إذا أخرج الوديعة لغشيان شيء الغالب منه التوى. وهو التلف؛ فلما تقدم من أن المخرج لذلك لا يعد مفرطا.

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٧٩٩) ٨: ١٨٢ كتاب البيوع، باب الوديعة.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٩٠ كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن.

(٢) في هـ: يتمكن.." (١)

"وأما كونه يضمن فيما إذا تركها فتلفت؛ فلأن تارك الإخراج مع غشيان ما ذكر يعد مفرطا.

ولأن (١) الحال لما تغيرت كان حفظها نقلها. فإذا تركها فقد ضيعها.

وذكر المصنف في **المغني** وجها آخر: لا ضمان عليه؛ لأنه ممتثل لقول صاحبها.

وأما كونه يضمن فيما إذا أخرجها لغير خوف؛ فلأنه خالف المالك ونهيه لغير مصلحة.

قال: (وإن قال: لا تخرجها وإن خفت عليها. فأخرجها عند الخوف، أو تركها: لم يضمن).

أما كون المودع لا يضمن إذا أخرجها عند الخوف؛ فلما ذكر من أن حفظها نقلها.

وأما كونه لا يضمن إذا تركها؛ فلأنه تركها بإذنه الصريح. بخلاف التي قبلها.

قال: (ولو أودعه بهيمة، فلم يعلفها حتى ماتت: ضمن. إلا أن ينهاه المالك عن علفها).

---

(١) الممتع ٣/٩١

أما كون المودع يضمن مع عدم النهي؛ فلأن العلف من كمال الحفظ، بل هو الحفظ بعينه؛ لأن العرف يقتضي أن من أودع بهيمة فإن الاعتماد عليه في علفها. فصار مأمورا بالعلف من حيث العرف.

وأما كونه لا يضمن مع النهي عن العلف؛ فلأن المالك قد أذن له في السبب المهلك. أشبه ما لو أذن له في قتل عبده.

قال: (وإن (٢) قال: اترك الوديعة في جيبك. فتركها في كمه: ضمن. وإن قال: اتركها في كمك. فتركها في جيبه: لم يضمن. وإن تركها في يده احتمل وجهين).

أما كون المودع يضمن فيما إذا قال: اترك الوديعة في جيبك. فتركها في كمه؛ فلأن الجيب أحرز وأبعد (٣) من البط.

---

(١) في هـ: وأن.

(٢) في هـ: فإن.

(٣) في هـ: لأنه أبعد.." [1]

"وأما كون ذلك مع يمينه؛ فلاحتمال أن لا تكون له. ولهذا لو ادعى شخص دارا في يد آخر وطلب يمينه لزمته. فكذلك هاهنا.

وأما كون المودع يحلف أيضا؛ فلأن من لزمه الدفع إذا أقر، لزمه اليمين إذا أنكر.

وأما كونها لهما إذا أقر بها لهما، وكونه يحلف لكل واحد منهما؛ فلما ذكر قبل.

وأما كونه يحلف أنه لا يعلم إذا قال: لا أعرف صاحبها؛ فلأنه يحتمل كذبه.

ولأن كل موضع يقضى فيه مع الإقرار تجب اليمين فيه مع الإنكار، وهاهنا لو أقر بها لهما أو لأحدهما قضي عليه.

وفي قول المصنف رحمه الله: حلف أنه لا يعلم؛ إشعار بأن اليمين واحدة لا ثنتان نظرا إلى تعدد المدعي. وصرح به في **المغني**. ووجهه أن المدعى أمر واحد وهو العلم بعين المالك وبهذا فارق ما إذا أنكرهما من حيث إن كل واحد منهما يدعي أنها له فهما دعوتان.

وأما كونه يقرع بينهما؛ فلأنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيديهما. فوجب أن يقرع بينهما، كالعبدين إذا أعتقهما المريض فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما، وكما لو أراد السفر بإحدى نسائه.

---

(١) الممتع ٣/٩٢

وأما كون من قرع يحلف؛ فلأنه يحتمل أنها ليست له.

وأما كونه يأخذ الوديعة إذا قرع (١) وحلف؛ فلأن ذلك فائدة القرعة.

قال: (وإن أودعه اثنان مكيلا أو موزونا (٢). فطلب أحدهما نصيبه: سلمه إليه).

أما كون المودع يسلم نصيب الطالب إليه؛ فلأنه حق مشترك. يمكن تمييز أحدهما من الآخر من غير حيف محقق ولا موهوم فغيبة أحد الشريكين لا يمنع تمييز نصيب الحاضر. دليله الدين المشترك.

فإن قيل: في الدين يدفع مال نفسه، وهاهنا يأخذ عين مال غيره.

قيل: بل هنا يأخذ عين ماله؛ لأن القسمة في المثلي إقرار لا بيع.

---

(١) في هـ: أقرع.

(٢) في هـ: موزنا.." (١)

"قال: (وله إقطاع الجلوس في الطرق الواسعة، ورحاب المساجد ما لم يضيق على الناس. ولا يملك ذلك بالإحياء. ويكون المقطع أحق بالجلوس فيها. فإن لم يقطعها فلمن سبق الجلوس فيها. ويكون أحق بها ما لم ينقل قماشه (١) عنها. فإن أطال الجلوس فيها فهل يزال؟ على وجهين).

أما كون الإمام له إقطاع ما ذكر ما لم يضيق على الناس؛ فلأن ذلك يباح الجلوس فيه، والانتفاع به. فجاز للإمام إقطاعه، كالأرض الميتة.

وقول المصنف رحمه الله: ما لم يضيق على الناس؛ مشعر بأنه ليس له ذلك إذا ضيق على الناس. وهو صحيح؛ لأن فيه مضرة على الناس. وليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه. فضلا عما فيه مضرة.

وأما كون المقطع لا يملك ذلك بالإحياء؛ فلما ذكر في إقطاع الأرض.

وأما كون من سبق له (٢) الجلوس إذا لم يقطعها الإمام؛ فلاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار (٣) على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار.

ولأنه ارتفاق بمباح من غير إضرار فلم يمنع منه كالإحياء.

وأما كونه أحق بها من غيره ما لم ينقل قماشه عنها؛ فلأنه سبق إلى شيء مباح. أشبه من سبق إلى ماء أو كلأ. وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: «منى مناخ من سبق» (٤).

وقول المصنف رحمه الله: ما لم ينقل قماشه عنها؛ مشعر بأنه إذا نقل قماشه عنها كان للغير الجلوس فيها.

---

(١) الممتع ١٠٠/٣

وصرح به في **المغني**؛ لأن صاحب القماش زالت يده برفع قماشه. بخلاف ما لو أقام ولم يرفع قماشه فإنه لا يكون للغير الجلوس فيها؛ لأن الأول لم تزل يده.

وأما كون قماشه يزال إذا أطال الجلوس فيها على وجه؛ فلأنه يصير كالمتملك، وتملكه لا يجوز.

---

(١) قماش البيت: متاعه. مختار الصحاح، مادة قمش.

(٢) في أ: إلى.

(٣) سقطت جملة: في جميع الأعصار من هـ.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٣٩ كتاب الحج، باب النزول بمنى.." [١]

"وأما كون ما حماه غير النبي صلى الله عليه وسلم من الأئمة هل يجوز نقضه؟ فيه وجهان؛ فلأن المعنى المذكور قبل يقتضي النقض، ولأن لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد يقتضي عدمه.

قال المصنف في **الكافي**: والأول أولى، لأن الاجتهاد كان في تلك المدة دون غيرها، ولهذا ملك الحامي لها تغييرها.." [٢]

"إحداهما: أنه له دينارا أو اثني عشر درهما: أما الأول، فلما تقدم من الحديث.

وأما الثاني (١)؛ فلأنها بدل عنه لما تقدم.

وثانيهما: أن له أربعين درهما؛ لما روى أبو عمرو الشيباني قال: «قلت لعبدالله بن مسعود: إني أصبت عبيدا أباقا فقال: لك أجر وغنيمة. فقلت: هذا الأجر فما الغنيمة؟ فقال: من كل رأس أربعين درهما» (٢). وقال أبو إسحاق: «أعطيت الجعل في زمن عمر أربعين درهما». وهذا يدل على أنه مستفيض بين أهل العصر الأول. واختار هذه الرواية الخلال، وقال: حديث عبدالله بن مسعود أصح إسنادا.

قال: (ويأخذ منه (٣) ما أنفق عليه في قوته وإن هرب منه في طريقه، فإن مات السيد استحق ذلك في تركته).

أما كون الراد يأخذ ما أنفقه على الآبق في قوته؛ فلأنه مأذون له في الإنفاق من جهة الشرع لحرمة النفس. وبهذا فارق من قضى دين غيره بغير إذنه حيث وقع فيه خلاف. بخلاف الآبق.

وأما قول المصنف رحمه الله: وإن هرب منه (٤) في طريقه؛ ففيه تنبيه على أن الهرب لا يسقط النفقة؛

---

(١) الممتع ٣/١١١

(٢) الممتع ٣/١١٥

لأنها وقعت مأذونا فيها شرعا وقد وجدت فاستحق الرجوع بها، كما لو أذن مالكه في الإنفاق عليه ثم هرب. وفيه إشعار بأن الجعل لا يستحق إلا (٥) بالرد سواء كان ذلك متاعا وجده ثم ضاع، أو عبدا وجده ثم هرب لكونه ذكر ذلك في النفقة دون الجعل. وصرح بذلك في **المغني**. وعلل عدم الاستحقاق في العبد: بأن الجعل مرتب على الرد؛ لأن القائل يقول: من رد عبدي.

ثم قال: فإن قيل: أليس الجعل في اللقطة معلقا على مجرد الوجدان، كقوله: من وجد لقطتي فله دينار؟

---

(١) سقط لفظي: وأما الثاني من هـ.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٩١١) ٨: ٢٠٨ كتاب البيوع، باب الجعل في الآبق.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٠٠ كتاب اللقطة، باب الجعالة.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) مثل السابق.

(٥) مثل السابق.." [١]

"ولأن البقر لها قوة تمتنع بها عن صغار السباع. فهي كالإبل.

وأما كون باقي الصور لا يجوز التقاطها؛ فلأن فيها قوة تمتنع بها عن صغار السباع. أشبهت الإبل.

ولم يذكر المصنف رحمه الله الحمير وهي ملحقة بذلك عند الأصحاب؛ لأن لها قوة. أشبهت البقر. وصرح في **المغني** بأنها ملحقة عنده بالشاة. وعلل ذلك: بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «معها حذاءها وسقاءها» (١). وعلل في الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب إياها، والحمير مساوية للغنم في علتها مفارقة للإبل في علتها؛ لأنها لا صبر لها عن الماء، وبقلة صبرها يضرب المثل فيقال: ما بقي من مدته إلا ظمء حمار.

وأما كون من أخذها يضمنها؛ فلأنه أخذ ملك غيره بغير إذنه، ولا إذن الشرع له. فضمنه، كالغاصب.

وأما كونه يزول الضمان عنه إذا دفعها إلى نائب الإمام؛ فلأن للإمام نظرا في ضوال الناس. بدليل أن له أخذها.

قال: (الثالث: سائر الأموال، كالأثمان، والمتاع، والغنم، والفصلان، والعجاجيل، والأفلاء: فمن لا يأمن نفسه عليها ليس له أخذها. فإن فعل ضمنها ولم يملكها وإن عرفها. ومن أمن نفسه عليها وقوي على

---

(١) الممتع ٣/١١٩

تعريفها فله أخذها. والأفضل تركها. وعند أبي الخطاب: إن وجدها بمضيعة فالأفضل أخذها).

أما كون من لا يأمن نفسه على الأشياء المذكورة ليس له أخذها؛ فلأن في أخذه لها تضييعا لمال الغير. فحرم، كإتلافه.

وأما كونه يضمنها إذا فعل ذلك؛ فلأنه متعد بأخذها (٢). فضمنها، كالغاصب.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) في هـ: متعذر يأخذها.." [١]

"صلى الله عليه وسلم: «من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل: لا أداها الله إليك. فإن المساجد لم تبن لهذا» (١) [رواه مسلم] (٢).

وأما زمانه فكما ذكره المصنف رحمه الله من أوقات الصلوات. والمعتبر فيه النهار دون الليل؛ لأن النهار مجمع الناس وتيقظهم فيه. دون الليل.

وأما مدته فحول كامل؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لزيد بن خالد الجهني: «عرفها سنة» (٣).

ولأن السنة لا تتأخر عنها القوافل غالبا، وتمضي فيها الأوقات المشتملة على الحر والبرد والاعتدال. فصلحت مدة، كمدة أجل العنين.

وأما كيفيته، فكما ذكره المصنف قبل.

وقال في **المغني**: يذكر جنسها. فيقول: من ضاع منه ذهب أو فضة أو دراهم أو دنانير. ولا يذكر الوصف، فإنه لا يؤمن أن يسمعه أحد فيعرف. ثم يذكره. فيأخذها.

قال: (وأجرة المنادي عليه. وقال أبو الخطاب: ما لا يملك بالتعريف، وما يقصد حفظه لمالكه: يرجع بالأجرة عليه).

أما كون أجرة المنادي على المعرف على المذهب؛ فلأنه سبب لتملكها. فكانت الأجرة عليه، كما لو اكترى شخصا يقطع له مباحا.

وأما كون أجرة ما لا يملك بالتعريف، وما يقصد حفظه لمالكه يرجع بها على المالك على قول أبي الخطاب؛ فلأنه من مؤونة إيصالها إليه. فكان على مالكها، كأجرة مخزنها ورعيها (٤) وتجفيفها. ونسب المصنف رحمه الله في **المغني** ما لا يملك بالتعريف إلى ابن عقيل، وما يقصد تعريفه إلى أبي الخطاب.

---

(١) الممتع ١٢٣/٣

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٥٦٨) ١: ٣٩٧ كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد.

وأخرجه أبو داود في سننه (٤٧٣) ١: ١٢٨ كتاب الصلاة، باب في كراهية إنشاد الضالة في المسجد.

(٢) زيادة من ج.

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٤) في هـ: وراعيها.." [1]

"قال: (فإن لم يعرف دخل في ملكه بعد الحول حكما، كالميراث. وعند أبي الخطاب: لا يملكه حتى يختار ذلك. وعن أحمد: لا يملك إلا (١) الأثمان. وهي ظاهر المذهب. وهل له الصدقة بغيرها؟ على روايتين. وعنه: لا تملك لقطة الحرم بحال).

أما كون ما لم يعرف يدخل في ملك الملتقط بعد الحول حكما، كالميراث على الأول؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم حكم بكونها له فقال في حديث زيد بن خالد: «فإن لم تعرف فاستنفقها» (٢).

وفي لفظ: «فهي كسبيل مالك» (٣).

وفي لفظ: «فانتفع بها».

وفي لفظ: «فشأنك بها» (٤).

وأما كونه لا يملك ذلك عند أبي الخطاب حتى يختار ذلك (٥)؛ فلأنه يملك بعوض. فلم يحصل إلا باختيار المتملك، كالبيع.

وأما كونه لا يملك إلا الأثمان في ظاهر المذهب؛ فلأنه يروى عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود.

ولأنها لقطة لا تملك في الحرم. فلا تملك في غيره، كالإبل.

ولأن الخبر ورد في الأثمان، وغيرها لا يساويها، لعدم الغرض المتعلق بعينها. فمثلها يقوم مقامها من كل وجه. بخلاف غيرها.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله في قوله: فإن لم يعرف دخل في ملكه أن العروض تملك كالأثمان؛ لأنه عمم. ثم ذكر عن أحمد رواية: أنها لا تملك. وقد رجح الأول في **المغني**؛ لأنه ذكر نحوا مما تقدم. ثم قال: ولنا عموم الأحاديث في

(١) الممتع ١٢٨/٣

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٦) ٢: ٨٣٧ كتاب اللقطة، باب اللقطة.

(٤) سيأتي ذكره قريبا.

(٥) في هـ: يختاره.." [١]

"ولا بد أن يلحظ في هذه: الضمان إذا جاء طالبها، كالأموال التي في يده لا يعلم مالكها، وحديث ابن مسعود يدل عليه.

وأما كونه ليس له ذلك على رواية؛ فلأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه.

قال المصنف في **المغني**: هذا قول قديم رجع عنه.

وأما كون لقطة الحرم لا تملك على رواية؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في مكة: لا تحل ساقطتها إلا لمنشد» (١) متفق عليه.

قال أبو عبيدة: المنشد: المعرف، والناشد: الطالب. فيكون معناه: لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرفها؛ لأنها خصت بهذا من بين سائر البلدان.

وعن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه نهى عن لقطة الحاج» (٢) رواه مسلم.

قال ابن وهب: يعني يتركها حتى يجدها صاحبها.

والأول أصح، لما تقدم من عموم الأحاديث.

ولأنه أحد الحرمين. أشبه حرم المدينة.

ولأنها أمانة. فلا يختلف حكمها بالحل والحرم، كالوديعة.

وقوله عليه السلام: «إلا لمنشد» (٣) يحتمل أنه يريد إلا لمن عرفها عاما. وتخصيصها بذلك لتأكيدها لا لتخصيصها، كقوله عليه السلام: «ضالة المسلم حرق النار» (٤)، وضالة الذمي تقاس عليها.

ولأن في ذكر ذلك فائدة هي مفقودة في غير مكة وذلك أنه ربما توهم أنه لا فائدة في تعريف لقطة مكة من حيث إن الناس يتفرقون شرقا وغربا. فنص على التعريف قطعا لذلك.

---

(١) الممتع ٣/١٢٩

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٠٢) ٢: ٨٥٧ كتاب في اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٥) ٢: ٩٨٨ كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها ...
(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٤) ٣: ١٣٥١ كتاب اللقطة، باب في لقطة الحاج.
وأخرجه أبو داود في سننه (١٧١٩) ٢: ١٣٩ كتاب اللقطة، باب في الشح.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦١٠٠) ٣: ٤٩٩.
(٣) سبق تخريجه قريبا.
(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٢) ٢: ٨٣٦ كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل والبقر والغنم.." [١]

"وصحح المصنف رحمه الله الأول. ثم قال: وكذا نقول: الصحيح في الموضعين المذكورين: أن الزيادة المذكورة لا تتبع الأصل. ثم الفرق بينهما وبين اللقطة أن الملتقط يضمن النقص. فتكون الزيادة له ثم ليس على من ذكر ضمان النقص. فأمكن أن لا تضمن (١) الزيادة.

قال: (وإن تلفت، أو نقصت قبل الحول: لم يضمنها. وإن كان بعده ضمنها).

أما كون الملتقط لا يضمن اللقطة إذا تلفت أو نقصت قبل الحول؛ فلأنها أمانة في يده. فلم يضمن إذا لم يفرط (٢) فيها، كالوديعة.

وأما كونه يضمن ذلك بعده؛ فلأنها دخلت في ملكه بانفصاله وتلفت من ماله، ولا فرق حينئذ بين التفريط وعدم التفريط؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «فاستنفقها فإذا طالبها يوما من الدهر فادفعها إليه» (٣)، وليس المراد العين؛ لأنه أمره بإنفاقها فعلم أن المراد الضمان، وقد أوجبه (٤) عليه من غير تفصيل.

قال: (وإن وصفها اثنان قسمت بينهما في أحد الوجهين، وفي الآخر: يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها. وإن أقام آخر بينة أنها له أخذها من الواصف. فإن تلفت ضمنها من شاء من الواصف والدافع إليه. إلا أن يدفعها بحكم حاكم فلا ضمان عليه. ومتى ضمن الدافع رجع على الواصف).

أما كون اللقطة تقسم (٥) بين الواصفين في وجه، فلأنهما استويا في السبب الموجب للدفع. أشبه ما لو استويا في السبب (٦) الموجب للنقل.

وأما كونه يقرع بينهما في وجه، فلأنه لا مزية لأحدهما على الآخر.

قال المصنف في **المغني**: والذي قلناه أصح -يعني القرعة-؛ لأنها أشبه بالأصول. فيما إذا تداعيا شيئا في يد غيرهما.

---

(١) الممتع ١٣١/٣

(١) في هـ: تملك.

(٢) في هـ: يفطر.

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٤) في ج: أوجبها.

(٥) في هـ: تنقسم.

(٦) سقط لفظي: في السبب من أ.." [1]

"فعلى هذا (١) من قرع صاحبه أخذها؛ لأن ذلك فائدة القرعة، ويحلف لاحتمال أنها ليست له.

وأما كون من أقام بينة أنها له يأخذها من الواصف؛ فلأن البينة أقوى من الوصف.

وأما كونه يضمنها من شاء من الواصف والدافع إليه إذا تلفت وكان الدفع بغير حكم حاكم: أما تضمين الواصف؛ فلأنه أخذ مال غيره بغير إذنه. فتلف عنده.

وأما تضمين الدافع؛ فلأنه دفع المال إلى غير صاحبه. أشبه ما لو دفع الوديعة إلى غير مودعها إذا غلب على ظنه أنه مالكها.

وأما كونه لا يضمن الدافع إذا كان بحكم الحاكم؛ فلأنها أخذت منه كرها. فلا ينسب إلى تفريط.

وأما كون الدافع إذا ضمن يرجع على الواصف؛ فلأن التلف حصل في يده.

واشترط المصنف في **المغني** في الرجوع على الواصف: أن لا يكون الدافع أقر له (٢) بالملك بلفظه؛ لأنه إذا اعترف بذلك فقد اعترف أن الواصف هو المحق وأن صاحب البينة ظلمه.

وفي كلام المصنف هنا إشعار بأن صاحب البينة إذا ضمن الواصف لا يرجع الواصف على الدافع. وصرح به في **المغني**؛ لأن التلف حصل في يده.

ولأن الدافع لو ضمن لرجع على الواصف. فكيف يرجع الواصف عليه؟ .

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.." [2]

(١) الممتع ٣/١٣٥

(٢) الممتع ٣/١٣٦

"قال: (وإن وجدها عبد فلسيده أخذها منه وتركها معه يتولى تعريفها إذا كان عدلا. وإن لم يأمن العبد سيده عليها لزمه سترها عنه. فإن أتلفها قبل الحول فهي في رقبته. وإن أتلفها بعده فهي في ذمته).

أما كون السيد له أخذ اللقطة من عبده؛ فلأنها من كسب العبد، وأكسابه لسيده، وللسيد انتزاع كسبه من يده.

وأما كونه له تركها في يده مع عدالته؛ فلأنها من كسبه، وله ترك كسبه في يده.

وفي كلام المصنف رحمه الله ما يشعر بصحة التقاط العبد بغير إذن سيده. وقد صرح به في **المغني**، لعموم الأخبار.

ولأن الالتقاط سبب يملك به الصبي، ويصح منه. فصح من العبد، كالاحتطاب.

ولأن من جاز له قبول الوديعة بغير إذن سيده جاز له أن يأخذ اللقطة، كالحر.

فإن قيل: اللقطة قبل الحول أمانة وولاية (١)، وبعده تملك، والعبد ليس من (٢) أهل ذلك.

قيل: أما كونها ولاية؛ فباطل بالصبي والمجنون.

وأما كونها تملكا؛ فصحيح. والعبد أهل له. بدليل أنه يصح منه الاصطياد والاحتشاش وغير ذلك.

وأما كون العبد يلزمه سترها عن سيده إذا لم يأمنه عليها؛ فلأنه يلزمه حفظها، وذلك وسيلة إليه.

وأما كونها في رقبته إذا أتلفها قبل الحول؛ فلأن ذلك من جنايته. فتعلق برقبته، كسائر جناياته.

وفي كلامه إشعار بأنها إذا تلفت بغير تفريط لا ضمان عليه. وصرح به في **المغني**؛ لأنه يصح التقاطه. فلم يضمن إذا لم يفرط، كالحر.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.." [١]

"وأما كونها في ذمته إذا أتلفها بعده؛ فلأنه غير متعد في إتلافها بعد الحول بالنسبة إلى صاحبها. فوجب تعلقها بذمته لا برقبته. بخلاف إتلافها قبل الحول فإنه متعد (١).

قال: (والمكاتب كالحر. ومن بعضه حر فهي بينه وبين سيده. إلا أن يكون بينهما مهايأة فهل تدخل في المهايأة؟ على وجهين).

أما كون المكاتب هنا كالحر؛ فلأن حكمه كالحر في سائر أكسابه. فكذلك في هذا (٢).

---

(١) الممتع ٣/١٣٨

وأما كون اللقطة بين من بعضه حر وبين سيده إذا لم يكن بينهما مهايأة؛ فلأنها من كسبه، وكسبه بينهما فكذا هذا.

وأما كونها تدخل في المهايأة إذا كانت بينهما مهايأة. وهي: أن يتفق السيد ومن بعضه حر على أن تكون المنافع يوما لهذا ويوما لهذا، أو يومين ويومين، أو يوما ويومين (٣) على الاتفاق في الملك والاختلاف على وجه؛ فلأنها من كسبه. دخلت، كسائر الأكساب.

وأما كونها لا تدخل على وجه؛ فلأنها من الأكساب النادرة. والنادر لا يعلم وجوده. فلا يدخل في المهايأة.

قال المصنف في **المغني**: وحكم سائر الأكساب النادرة من الوصية والركاز (٤) والهدية ونحو ذلك حكم اللقطة. والله أعلم بالصواب.

---

(١) في هـ: متعذر.

(٢) في هـ: فكذلك هنا.

(٣) سقط جملة: أو يوما ويومين من هـ.

(٤) في هـ: والزكاة.." [1]

"وأما كونه لا يكون له على وجه؛ فلأنه منفصل عنه. فلا يكون له، كما لو كان بعيدا.

وقال المصنف في **المغني**: قال ابن عقيل يعني في المدفون: إن كان الحفر (١) طريا فهو له، وإلا فليس له. وهو صحيح؛ لأنه إذا كان طريا غلب على الظن أن الذي ألقاه دفنه لكونه ملك المنبوذ. بخلاف العكس.

قال: (وأولى الناس بحضانته واجده إن كان أمينا. وله الإنفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم. وعنه: ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا بإذنه).

أما كون أولى الناس بحضانة اللقيط واجده إن كان أمينا؛ فلأن عمر رضي الله عنه أقر اللقيط في يد واجده (٢).

ولأنه سبق إليه فكان أولى به؛ لقوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو أحق به» (٣).

واشترط المصنف الأمانة في الواجد؛ لأن عمر أقر اللقيط في يد واجده بعد أن علم أنه رجل صالح.

ولأن ذلك ولاية. فلا يجوز أن يليها غير عدل، كسائر الولايات.

---

(١) الممتع ٣/١٣٩

وأما كونه له الإنفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم على المذهب؛ فلأنه جعل أمينا على اللقيط. فكان له الإنفاق عليه من ماله بغير إذن الحاكم، كالوصي (٤).

وأما كونه لا ينفق عليه إلا بإذنه على رواية؛ فلأنه إنفاق على صبي. فلم يجز بغير إذن الحاكم، كما لو أنفق على صغير مودع (٥) عنده.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٠٢ كتاب اللقطة، باب التقاط المنبوذ وأن لا يجوز تركه ضائعا. ولفظه ما روي عن سنين أبي جميلة قال: «وجدت ملقوطا فأتيت به عمر رضي الله تعالى عنه فقال: عريفي يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح، فقال عمر: أكذلك هو؟ قال نعم، قال: فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته».

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٤) في هـ: كما لو وصى.

(٥) في هـ: مودوع.." [1]

"قال صاحب النهاية فيها: والصحيح قولنا يعني الأول؛ لأن الظاهر أن اللقيط لا ولي له. فجاز أن يجعل الملتقط وليا له. وبهذا فارق الصبي المودع. فإن الولاية عليه لغير المستودع ثابتة.

قال: (وإن كان فاسقا، أو رقيقا، أو كافرا، واللقيط مسلم أو بدويا ينتقل في المواضع، أو وجده في الحضر فأراد نقله إلى البادية: لم يقر في يده).

أما كون اللقيط لا يقر في يد الفاسق؛ فلأنه ليس في حفظ اللقيط إلا الولاية، ولا ولاية لفاسق. وفارق اللقطة من وجهين:

أحدهما: أن في اللقطة معنى التكسب، وليس هنا إلا الولاية.

الثاني: أن اللقطة إذا انتزعت منه ردت إليه بعد الحول. بخلاف اللقيط فإنه لا يرد إليه.

وأما كونه لا يقر في يد الرقيق؛ فلأنه مستحق الخدمة والمنفعة لسيده.

ولأنه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية، وليس العبد من أهلها.

وأما كونه لا يقر في يد الكافر إذا كان اللقيط مسلما؛ فلأن الكافر لا ولاية له على مسلم.

---

(١) الممتع ١٤٢/٣

ولأنه لا يؤمن أن يفتن المسلم عن دينه.

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأن اللقيط إذا كان كافرا يقر في يده. وصرح به في **المغني**؛ لأن الولاية تثبت لبعض الكفار على بعض.

وأما كونه لا يقر في يد بدوي ينتقل في المواضع؛ فلأن فيه إتعابا للصبي بتنقله.

وأما كونه لا يقر في يد من وجده في الحضر فأراد نقله إلى البادية؛ فلأنه ينقل اللقيط إلى شدة العيش وجفائه، وفي الأثر: «من بدا فقد جفا» (١).

ولأن فيه تعسرا لمداواته، ومراجعة الطبيب، وانقطاع النسب، وتفويت التأديب والعلم.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٩٦٨١) ٢: ٤٤٠.." [1]

"قال: (وإذا ادعى الجاني عليه، أو قاذفه: رقه. وكذبه اللقيط بعد بلوغه: فالقول قول اللقيط. وإن ادعى إنسان أنه مملوكه لم يقبل إلا ببينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه. ويحتمل أن لا يعتبر قولها في ملكه).

أما كون القول قول اللقيط في نفي رقه؛ فلأنه محكوم بحريته.

ولأن قوله يعضده الأصل. إذ الأصل عدم رقه.

وأما كون من ادعى أنه مملوكه لا يقبل إلا ببينة؛ فلأن مجرد الدعوى لا تكفي في انتزاع المدعي. والأصل فيه قوله عليه السلام: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم. ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر» (١).

وأما كونه يقبل قوله مع البينة؛ فلأن البينة تظهر الحق.

وأما كون البينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه على المذهب؛ فلأنها إذا ولدت قبل ملكه لها يصدق أنها ولدته. فلا بد من قولها في ملكه ليخرج ذلك. وليس مراد المصنف رحمه الله أنه لا بد من بينة تشهد على الصفة المذكورة بل لو أقام بينة بأن اللقيط مملوكه كانت كافية، ولم يحتج إلى أن أمته ولدته في ملكه؛ لأنه يجوز أنه اشتراه أو اتهبه أو نحو ذلك. وصرح بذلك في **المغني**، وقال: إن شهدت بينة أنه عبده أو ملكه حكم بها وإن لم يذكر سبب الملك، كما لو شهدت بملك دار أو عبد.

وأما كونه يحتمل أن لا يعتبر قول البينة في ملكه؛ فلأن قوله (٢) أن أمته ولدته بمنزلة قولها في ملكه.

---

(١) الممتع ١٤٣/٣

والأول أصح، لما تقدم ذكره.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٧٧) ٤: ١٦٥٦ كتاب التفسير، باب: ﴿إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١١) ٣: ١٣٣٦ كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه.

(٢) في هـ: قولها.." [(١)]

"قال: (وإن أقر بالرق بعد بلوغه لم يقبل. وعنه: يقبل. وقال القاضي: يقبل فيما عليه رواية واحدة، وهل يقبل في غيره؟ على روايتين).

أما كون اللقيط لا يقبل إقراره بالرق بعد بلوغه من غير تفصيل على المذهب؛ فلأنه يبطل حق الله تعالى من الحرية المحكوم بها.

وأما كونه يقبل على رواية؛ فلأنه مجهول الحال. أقر بالرق. فقبل، كما لو أقر غير اللقيط بالرق.

واشترط المصنف رحمه الله في **المغني** في هذا: أن لا يكون أقر بالحرية قبل ذلك؛ لأنه إذا أقر بذلك اعترف بالحرية، وهي حق لله تعالى.

ولأنه يكون مكذبا لقوله بقوله. فلم يقبل إقراره، كما لو أقر بمال ثم جحده.

وأما كونه يقبل فيما عليه رواية واحدة على قول القاضي؛ فلأن الضرر يعود على نفسه. فلا تلحقه التهمة.

وأما كونه هل يقبل في غيره؟ على روايتين؛ فوجههما ما تقدم.

قال: (وإن قال: إني كافر لم يقبل قوله، وحكمه حكم المرتد. وقيل: يقبل قوله. إلا أن يكون قد نطق بالإسلام وهو يعقله).

أما كونه لا يقبل قوله في ذلك على المذهب؛ فلأنه محكوم بإسلامه.

وأما كون حكمه على ذلك حكم المرتد؛ فلأنه أقر بالكفر.

فعلى هذا إن تاب وإلا قتل؛ لأن المرتد هكذا يفعل به.

وأما كونه يقبل قوله إذا لم يكن نطق بالإسلام وهو يعقله على قول؛ فلأن إسلامه لم يثبت يقينا.

وأما كونه لا يقبل قوله إذا كان نطق بالإسلام؛ فلأن إسلامه ثبت يقينا فلم يقبل إقراره بالكفر، كالمسلم إذا

---

(١) الممتع ٣/١٤٧

أقر بكفر نفسه.

والأصح أنه لا يقبل مطلقا؛ لأن الحكم بالإسلام ملحق بالإسلام اليقيني، واللقيط محكوم بإسلامه.." [1]

"قال المصنف في **المغني**: المعنى في الاثنين موجود فيما زاد. فيجب أن يقاس عليهما.

وأما كون من نفته القافة عنهم، أو أشكل عليهم، أو لم توجد قافة: يضيع نسبه في وجه قاله أبو بكر؛ فلأنه لا دليل عليه. أشبه من لم يدع نسبه أحد.

وأما كونه يترك حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء في وجه قاله ابن حامد؛ فلأن الإنسان يميل طبعه إلى قريبه دون غيره.

ولأن ذلك يروى عن عمر رضي الله عنه.

وقول المصنف رحمه الله: أومأ إليه أحمد. يعني الإمام أحمد.

قال: (وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأة بشبهة، أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد، أو وطئت (١) زوجة رجل، أو أم ولد له بشبهة وأتت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطئ: أري القافة معهما. ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكرا عدلا مجربا في الإصابة).

أما كون الحكم فيما إذا وطئ اثنان امرأة بشبهة، أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد فأتت بولد كالحكم فيما تقدم في أنها ترى معهما القافة؛ فلأن عمر فعل ذلك وجعل الولد بين الواطئين لما قال القائف: «قد اشتركا فيه» (٢)، ولو لم (٣) يكن له أثر في ذلك لم يحتج إلى ذكره.

ولأن ذلك يحتمل كونه من هذا، وكونه من هذا. فأري القافة، كاللقيط إذا ادعى نسبه اثنان.

وأما كون الحكم في بقية الصور المذكورة كذلك؛ فلأنها تساويه معنى. فوجب أن تساويه حكما.

وأما كون القائف لا يقبل قوله إلا أن يكون ذكرا عدلا مجربا في الإصابة؛ فلأن ذلك يجري مجرى الحكم. فاعتبر فيه ذلك، كالحاكم.

---

(١) في هـ: وطئ.

(٢) سبق ذكره ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٣) في هـ: ولم.." [2]

---

[1] الممتع ١٤٨/٣

[2] الممتع ١٥٢/٣

"الوقف شرعا. وقد دل عليه قوله عليه السلام: «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بثمرتها» (١).

وأما ما يحصل الوقف به. فعلى ضربين:

أحدهما: متفق عليه. وهو القول؛ لأنه صريح فيه. فحصل به؛ كحصول سائر العقود بصرائحها.

وثانيهما: الفعل. وفي حصول الوقف به روايتان:

إحداهما: يحصل؛ لأن العرف جار بذلك. وفيه دلالة على الوقف. فجاز أن يحصل به؛ كالقول.

والثانية: لا يحصل به؛ لأنه تحبيس أصل على وجه القربة. فوجب أن يفتقر إلى القول؛ كالوقف على الفقراء.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: ظاهر المذهب أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل ما تقدم. ويعضد ذلك: أن القرائن جارية مجرى صريح القول في كثير من المواضع. فليكن هاهنا كذلك. بيانه: أن من قدم إلى ضيف طعاما كان ذلك إذنا في الأكل، ومن ملأ خابية ماء ووضعها على الطريق كان ذلك تسبيلا لمائها، وجاز لكل أحد الشرب منها، ومن نثر على الناس شيئا من اللوز والسكر وغيرهما أبيح التقاطه. وقد تقدم أن البيع بالمعاطاة جائز (٢)؛ لدلالة الحال. فكذلك هاهنا.

قال: (وصريحه: وقفت وحبست وسبلت، وكنايته: تصدقت وحرمت وأبدت. فلا يصح الوقف بالكناية إلا أن ينويه أو يقرن به أحد الألفاظ الباقية، أو حكم الوقف فيقول: تصدقت صدقة موقوفة، أو محبسة، أو مسبلة، أو محرمة، أو مؤبدة، أو لا تباع، ولا توهب، ولا تورث).

أما كون القول الذي يحصل به الوقف له صريح وكناية؛ فلأن الصريح: ما ثبت به الشيء من غير انضمام أمر زائد. والكناية: ما يفتقر ثبوت الشيء به إلى أمر زائد. وكلاهما موجود في الوقف.

---

(١) سبق تخريجه من حديث عمر ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) ص: ٥٢.." [1]

"وقال صاحب النهاية فيها: الأصح قولنا يعني الصحة.

وقال المصنف في **المغني** بعد الحكم بالصحة: قال ابن عقيل: وهي أصح. ووجهه ما تقدم.

وقد روي عن عثمان رضي الله عنه «أنه لما وقف بئر رومة قال: دلوي فيها كالدلاء» (١).

وأما كونه يصح استثناء الأكل مما وقفه على غيره مدة حياته؛ فلأن عمر رضي الله عنه شرط الأكل للوالي عليها والإطعام، وكان هو الوالي عليها (٢).

---

(١) الممتع ٣/١٥٥

قال: (الثالث: أن يقف على معين يملك. ولا يصح على مجهول؛ كرجل، ومسجد. ولا على حيوان لا يملك؛ كالعبد، والحمل، والملك، والبهيمة).

أما كون الثالث من شروط صحة الوقف: أن يقف على معين يملك؛ فلأن الوقف تمليك. فلم يصح على غير معين لا يملك؛ كالهبة.

فإن قيل: فعلى قولنا: العبد يملك هل يصح الوقف عليه؟

قيل: لا؛ لأنه لا يملك ملكا لازما، وكذا لو كان مكاتبا؛ لأن ملكه غير مستقر.

فإن قيل: لو وقف على المساجد جاز وهي لا تملك.

قيل: الوقف على المساجد مقصود فيه أهلها وهم المسلمون؛ لأن النفع خاص بهم. فالملك إذا حاصل.

فإن قيل: فيجب أن يصح الوقف على الكنيسة، ويكون الوقف على أهل الذمة.

قيل: الجهة التي عين صرف الوقف فيها ليست نفعا بل هي محرمة معصية يزداد الواقف (٣) بها عقابا. بخلاف المساجد.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٧٠٣) ٥: ٦٢٧ كتاب المناقب، باب في مناقب عثمان بن عفان رضي الله عنه.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٠٨) ٦: ٢٣٥ كتاب الأحباس، باب وقف المساجد.

(٢) سبق ذكر حديث عمر ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٣) في هـ: الوقف.." [١]

"قال: (الرابع: أن يقف ناجزا. فإن علقه على شرط لم يصح. إلا أن يقول: هو وقف بعد موتي فيصح في قول الخرقي. وقال أبو الخطاب: لا يصح).

أما كون الرابع من شروط صحة الوقف: أن يقف ناجزا؛ فلأنه نقل للملك. أشبه البيع. والناجز كقولك: وقفت داري على كذا. ولا خلاف في صحته إذا اجتمعت فيه شروطه (١).

وأما المعلق فله صورتان:

إحداهما: أن يقول: إذا جاء زيد، أو رأس الشهر، أو ما أشبه ذلك: فداري وقف. فهذا لا يصح؛ لأنه تعليق للوقف على شرط، والوقف تمليك، وتعليق التمليك على شرط لا يصح.

---

(١) الممتع ١٦٠/٣

والثانية: أن يقول: هو وقف بعد موتي. وفيها وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأن ذلك وصية. فصح؛ كالوصية لرجل بدار.

والثاني: لا يصح؛ لما تقدم قبل.

وخرج أبوالخطاب من كلام الخرقي صحة الوقف في المسألتين؛ لاستوائهما في التعليق.

وقال المصنف في **المغني**: والذي أراه أن كلام الخرقي على حقيقته في إجازة تعليقه بشرط الموت خاصة دون غيره؛ لما تقدم من أن ذلك في معنى الوصية. وهذا مفقود في غيره.

---

(١) في هـ: شروط.." (١)

"فصل [في اشتراط القبول]

قال المصنف رحمه الله: (ولا يشترط القبول. إلا أن يكون على آدمي معين ففيه وجهان؛ أحدهما: يشترط ذلك. فإن لم يقبله أو رده بطل في حقه دون من بعده، وكان كما لو وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز يصرف في الحال إلى من بعده.

وفيه وجه آخر: أنه إن كان من لا يجوز يعرف انقراضه كرجل معين صرف إلى مصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض ثم يصرف إلى من بعده).

أما كون القبول في الوقف على غير آدمي معين؛ كالمساجد والقناطر وما أشبه ذلك لا يشترط؛ فلأن القبول لا يتصور في ذلك. فلو اشترط القبول لامتنع صحة الوقف فيه.

وأما كونه يشترط إذا كان على آدمي معين؛ كزيد وعمرو وما أشبههما في وجه؛ فلأنه تبرع لآدمي معين. فاشترط فيه القبول؛ كالهبة والوصية.

وأما كونه لا يشترط في وجه؛ فلأنه أحد أنواع الوقف. فلم يشترط فيه القبول؛ كالوقف على غير معين.

ولأنه إزالة ملك لا يباع ولا يوهب. فلم يشترط فيه القبول؛ كالعتق.

واختلف قول الأصحاب في الصحيح من هذين الوجهين فقال صاحب النهاية في مختصره: يشترط على الأصح. ووجهه ما تقدم.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله في **المغني** عدم اشتراط القبول؛ لأنه علل اشتراط القبول بما ذكر (١). ثم نقضه بالعتق.

---

(١) الممتع ٣/١٦١

وفرق بين العتق والوصية من حيث: إن الوقف لا يختص بالمعين (٢) بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل. وما ذكر من الفرق موجود بعينه في الهبة، والأشبه أن يبنى ذلك على أن الملك هل ينتقل إلى الموقوف عليه أم لا؟

---

(١) في هـ: ذكره.

(٢) في هـ: بالعين.." [1]

"فإن قيل: بالانتقال. قيل: باشتراط القبول، وإلا فلا؛ لأن الفرق بين المعين وغير المعين ظاهر. لم يبق إلا تردد الشبه بين العتق وبين الوصية والهبة.

فعلى قولنا: ينتقل الملك إلى الموقوف عليه يكون الشبه حينئذ بالهبة والوصية أكثر من الشبه بالعتق لكون الملك ينتقل في الهبة والوصية إلى الموهوب له والموصى له. بخلاف العتق فإنه لا ينتقل إلى العبد. وإذا ثبت رجحان الشبه حينئذ ثبت اشتراط القبول؛ لأن العمل بالراجح متعين.

فإن قيل: فما الحكم في انتقال الملك؟

قيل: فيه روايتان سيأتي ذكرهما مفصلا إن شاء الله؛ إلا أن المصنف رحمه الله صرح في **المغني** بأن ظاهر المذهب الانتقال.

فعلى هذا يترجح اشتراط القبول.

وفي قول المصنف رحمه الله: على آدمي معين إشعار بأنه لو وقف على آدمي غير معين؛ كالفقراء والفقهاء وما أشبه ذلك لم يشترط القبول. وهو صحيح؛ لأن القبول يكون من المستحق، وهو هاهنا غير معين. فلم يشترط فيه؛ كالمذكور قبل.

وأما كون الوقف يبطل في حق من لم يقبله على القول باشتراطه؛ فلأنه تمليك لم يوجد شرطه. فبطل؛ كالهبة.

وأما كونه يبطل في حق من رده؛ فلأنه يبطل بعدم القبول لما ذكر قبل (١)، فلأن يبطل بالرد بطريق الأولى. وظاهر كلام المصنف أن البطلان بالرد من فروع اشتراط القبول؛ لأنه عطفه على عدم القبول، وهو من فروعه.

فعلى هذا إذا قلنا: لا يشترط لم يبطل برده، وصرح به في **المغني**. ووجهه أن جانب الموقوف عليه (٢)

---

(١) الممتع ٣/١٦٢

بالنسبة إلى القبول والرد غير ملحوظ. فرده كعدمه.

وقال صاحب النهاية فيها: لا خلاف أنه يرتد برده؛ كالوكيل إذا رد الوكالة، وإن لم يشترط لها القبول.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.." (١)

"يجوز الوقف عليه ولم يذكر له مآلا؟

قيل: لأن الصحة فيما ذكر وجدت في جهة من جهات الوقف، وسومح في ذكر المآل نظرا إلى كونه معلوما بالعرف. بخلاف هذه الصورة. فإنه لم يوجد فيها شيء حكم بالصحة فيه.

وثانيها: منقطع الابتداء دون الانتهاء؛ كالوقف على من لا يجوز الوقف عليه ثم على المساكين. فهذا يصح؛ لأنه جمع في الوقف بين من لا يجوز وبين من يجوز. فصح؛ كما لو وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز. ومصرفه ما تقدم ذكره.

وثالثها: منقطع الوسط؛ كالوقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز ثم على المساكين. فهذا أيضا يصح؛ لأنه إذا صح منقطع الأول فلأن يصح متصله بطريق الأولى. ومصرفه بعد موت من يجوز ما تقدم ذكره؛ لأن الوسط هنا كالأول هناك.

ورابعها: منقطع الانتهاء؛ كالوقف على من يجوز الوقف عليه كزيد وعمرو وما أشبههما، ولم يذكر مآلا، أو على من ذكر ثم على جهة يعلم بحكم العادة انقراضها كبني فلان وليسوا بقبيلة. فهذا أيضا يصح؛ لأنه وقف معلوم المصرف في الجملة. فصح؛ كما لو كان متصل الانتهاء.

ولأن الإطلاق إذا كان له عرف حمل عليه؛ كنقد البلد. وعرف المصرف هاهنا أولى الجهات به، وهم من ذكر. فكأنه عنى ذلك.

وثانيها: أن قوله: بعد انقراض من يجوز الوقف عليه يخرج الحكم المذكور فيما إذا قال: وقفت وسكت؛ لأنه ليس فيه من يجوز الوقف عليه حتى يصرف بعد انقراضه إلى من تقدم ذكره. والحكم فيهما واحد؛ لاشتراكهما في عدم تعيين جهة الصرف.

وثالثها: أن قوله بعد ذكر الورثة: وقفا عليهم: يدل بمنطوقه على أنه إذا انصرف الوقف إلى الورثة يكون ذلك وقفا، وبمفهومه على أنه إذا انصرف إلى أقرب العصبة لا يكون وقفا؛ لأنه ذكر ذلك في إحدى الروايتين

---

(١) الممتع ١٦٣/٣

دون الأخرى.

قال المصنف في **المغني** بعد الحكم بالوقف للورثة: قال القاضي: ويكون وقفا." [١]

"عليهم. ثم قال: وظاهر كلام الخرقي خلافه؛ لأنه ترك ذكر الوقف هاهنا.

وقال في الرواية الأخرى: يكون وقفا على أقرب العصبة. فتخصيصه إحدى الروايتين بذكر الوقف يدل على أنه لا يكون وقفا على الأخرى. فإذا الحاصل من كلام المصنف رحمه الله (١) هنا: تخصيص الورثة بكونه وقفا عليهم، وفي **المغني** حاكيا عن الخرقي تخصيص العصبة بكونه وقفا عليهم. فيخرج في المسألة فيها (٢) وجهان:

أحدهما (٣): يكون وقفا؛ لأنه إنما صرف إليهم بوقف مالكه له، والوقف يقتضي التأبيد.

وثانيهما: لا يكون وقفا؛ لأنهم صرف إليهم لكونهم أولى، وذلك لا يستلزم الوقف.

قال: (وإن قال: وقفته سنة لم يصح. ويحتمل أن يصح. ويصرف بعدها مصرف المنقطع).

أما كون وقف ما ذكر لا يصح على المذهب؛ فلأن ذلك ينافي التأبيد.

وأما كونه يحتمل أن يصح؛ فلأن غاية ما يقدر في ذلك أنه منقطع الانتهاء، وقد بينا صحته.

وأما كونه يصرف بعد السنة مصرف المنقطع؛ فلأنه منقطع الانتهاء. فكان مصرفه مصرفه.

قال: (ولا يشترط إخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين).

أما كون الوقف لا يشترط إخراجه عن يد الواقف في رواية؛ فلأن الوقف تبرع يمنع البيع والهبة والميراث. فلزم بمجرده؛ كالعتق.

فعلى هذا إذا تلفظ بالوقف بشرطه لزم وإن لم يخرجه عن يده.

وأما كونه يشترط ذلك في رواية؛ فلأنه تبرع. فلم يلزم بمجرده؛ كالهبة والوصية.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: فيهما.

(٣) ساقط من هـ.." [٢]

---

(١) الممتع ١٦٦/٣

(٢) الممتع ١٦٧/٣

"ولأن المقصود من الوقف الانتفاع بمنافعه؛ لأن الرقبة لا يمكن الانتفاع ببيعها ولا هبتها ولا سائر ما يوجب نقل الملك فيها.

قال: (وليس له وطء الجارية. فإن فعل فلا حد عليه ولا مهر. وإن أتت بولد فهو حر، وعليه قيمته يشترى بها ما يقوم مقامه، وتصير أم ولده تعتق بموته، وتجب قيمتها في تركته يشترى بها مثلها تكون وقفا).

أما كون الموقوف عليه ليس له وطء الجارية الموقوفة؛ فلأنه لا يؤمن (١) حبلها. فتنقص قيمتها وتتلف. ولأن ملكه ناقص، والوطء لا يباح معه.

وأما كونه لا حد عليه؛ فلأن شبهة الملك تدرأ الحد. فكيف الملك نفسه.

وأما كونه لا مهر عليه؛ فلأنه لو وجب لوجب له، والإنسان لا يجب عليه شيء وجب لنفسه.

وأما كون الولد حرا؛ فلأنه من وطء شبهة.

وأما كون الواطئ عليه قيمته؛ فلأنه فوت رقه.

وأما كونه يشترى بالقيمة ما يقوم مقامه؛ فلأن القيمة بدل عن الوقف. فوجب أن ترد في مثله.

وأما كون المـوطوءة تصير أم ولد للواطئ؛ فلأنه أحبلها بحر في ملكه.

فإن قيل: إذا قلنا لا يملك الموقوف عليه الوقف هل تصير أم ولده؟

قيل: لا. صرح به المصنف في **المغني**. وعلله بأنه وطئ غير مملوكته.

وأما كونها تعتق بموته؛ فلأن هذا شأن أم الولد (٢).

وأما كون قيمتها تجب في تركته؛ فلأنه أتلفها على من بعده من البطون.

وأما كونه يشترى بالقيمة مثل الموطوءة تكون وقفا فلينجبر على البطن الثاني ما فاتهم.

قال: (وإن وطئها أجنبي بشبهة فأتت بولد: فالولد حر، وعليه المهر لأهل

---

(١) في هـ: يؤمن من.

(٢) في هـ: ولد.." [١]

"ولد البنات، وكذا قوله: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ (١) [النساء: ١١]. ولذلك لا تحجب الأم ولد البنت (٢).

فإن قيل: الكلام في شمول ولد الولد لذلك لا في شمول الولد له.

---

[١] الممتع ٣/١٧٠

قيل: المراد من الآية الولد وولد الولد وإن سفل. بدليل دخول ولد الابن بالاتفاق فكأنه قال: يوصيكم الله في أولادكم وأولاد أولادكم. وهلم جرا.

وأما كونه يدخل على قول بعض أصحابنا؛ فلأن أحمد نص عليه في الوصية. وحكم الوقف والوصية واحد.

والحجة فيه أن الله تعالى قال: ﴿ونوحا هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمان﴾ إلى قوله: ﴿وعيسى﴾ [الأنعام: ٨٤ - ٨٥] وهو ابن ابنته.

وقال النبي صلى الله عليه وسلم عن الحسن: «إن ابني هذا سيد» (٣)، وكان ابن ابنته.

ولأن ولد البنت يدخل في التحريم الدال عليه: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم﴾ [النساء: ٢٣].

وأما كونه يدخل إذا لم يقل: على ولد ولدي لصلبي على قول أبي بكر؛ فلما تقدم من الأدلة.

وأما كونه لا يدخل إذا قال ذلك على قوله؛ فلأنه ليس من صلبه.

وسوى المصنف رحمه الله هنا بين قول ابن حامد وبين قول أبي بكر.

وقال في **المغني**: قال ابن حامد: يدخل فيه ولد البنات. ثم قال: وقال أبو بكر: إن قال: لصلبي لم يدخل، وإلا دخل.

قال: (وإن وقف على بنيه، أو بني فلان: فهو للذكور خاصة. إلا أن يكونوا قبيلة فيدخل فيه النساء دون أولادهن من غيرهم).

أما كون الوقف للذكور خاصة إذا لم يكن بنو فلان قبيلة؛ فلأن "بني" وضع لذلك حقيقة قال الله تعالى: ﴿أصطفى البنات على البنين﴾ [الصافات: ١٥٣]، وقال تعالى: ﴿أم اتخذ مما يخلق بنات وأصفاكم بالبنين﴾ [الزخرف: ١٦]، وقال: ﴿زين للناس

---

(١) في أ: فإن كان له ولد فلأمه السدس.

(٢) في هـ: تحجب الأم عن الثلث ولد البنت.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٥٧) ٢: ٩٦٢ كتاب الصلح، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم للحسن بن علي رضي الله عنهما: «ابني هذا سيد ... »..." (١)

"بدليل ثبوت الميراث لهم.

قال: (وإذا وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب تعميمهم والتسوية بينهم، وإلا جاز تفضيل

---

(١) الممتع ١٧٦/٣

بعضهم على بعض والاقتصار على واحد منهم. ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة).

أما كونه يجب التعميم والتسوية فيما إذا وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم كبني فلان الذين ليسوا قبيلة؛ فلأن اللفظ يقتضي ذلك ولا مانع منه. فوجب أن يكون الأمر كذلك؛ كما لو أقر لهم بشيء أو وهبهم شيئا.

وأما كونه يجوز تفضيل بعضهم على بعض إذا لم يكن فيهم ذلك كالفقراء والمساكين وبني هاشم وبني تميم وما أشبه ذلك؛ فلأن الملحوظ في مثل ذلك الجنس لا كل فرد.

وأما كونه يجوز الاقتصار على واحد منهم على المذهب؛ فلأن مقصود الواقف أن لا يتجاوز الجنس، وذلك يحصل بالدفع إلى واحد منهم.

وأما كونه يحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة؛ فلأنها أقل الجمع.

وحكى المصنف في **المغني** أن الأول قياس المذهب، والثاني رواية عن أحمد.

قال: (ولا يدفع إلى واحد أكثر من القدر الذي يدفع إليه من الزكاة إذا كان الوقف على صنف من أصناف الزكاة. والوصية كالوقف في هذا الفصل).

أما كونه لا يدفع إلى صنف من أصناف الزكاة أكثر من القدر الذي يدفع إليه من الزكاة إذا كان الوقف على ذلك كالفقراء والمساكين، أو بقية الأصناف المذكورة في باب الزكاة؛ فلأن مطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى.

فعلى هذا إن كان الموقوف عليه الفقراء لم يدفع إلى واحد منهم زيادة على خمسين درهما؛ لأنه لا يعطى أكثر من ذلك من الزكاة على ظاهر المذهب، وإن كان غارما أو مكاتبا لم يعط أكثر من غرمه وكتابته؛ لأنه لا يعطى أكثر من ذلك في الزكاة.

وأما كون الوصية كالوقف في هذا الفصل؛ فلأنها تساويه معنى. فوجب أن تساويه حكما.." [1]

"فصل [الوقف عقد لازم]

قال المصنف رحمه الله: (والوقف عقد لازم. لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها. ولا يجوز بيعه إلا أن تتعطل منافعه فيباع ويصرف ثمنه في مثله).

أما كون الوقف عقدا لازما؛ فلأن جوازه ينافي مقتضاه؛ لأن مقتضاه التأبيد، وذلك لا يقبل الزوال.

وأما كونه لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها؛ فلأن ذلك شأن العقود اللازمة المقتضية للتأبيد.

---

(١) الممتع ١٨١/٣

وأما كونه لا يجوز بيعه إذا لم تتعطل منافعه؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر: «إن شئت حبست أصلها وسبلت ثمرتها. غير أنه لا يباع أصلها ولا يوهب ولا يورث» (١).

وأما كونه يباع إذا تعطلت منافعه؛ كدار انهدمت، أو أرض خربت وعادت مواتا ولم يمكن عمارتها؛ فلما روي عن عمر «أنه كتب إلى سعد لما بلغه أنه قد نقب بيت المال بالكوفة: أن انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد. فإنه لن يزال في المسجد مصل». وكان هذا بمشهد من الصحابة، ولم يظهر أحد خلافه. فكان إجماعا.

ولأن في بيعه استبقاء الوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته؛ كما لو استولد الموقوف عليه الجارية الموقوفة أو قتلها.

ولأن الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض.

ولأن الهدي لو عطب ذبح في الحال، وإن كان يختص بموضع دون موضع؛ لأنه لما لم يكن استبقاء المنفعة بالكلية استوفي منها ما أمكن. فكذا هاهنا.

وأما كونه يصرف ثمنه في مثله؛ فلأنه أقرب إلى غرض الواقف. وظاهر قول المصنف رحمه الله: في مثله يقتضي أن ذلك متعين.

وقال في **المغني**: ظاهر كلام الخرقي لو صرف في غير جنسه جاز؛ لأن

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." (١)

"مجهولا لم يصح. وعنه أنه قال: يرضيه بشيء.

فعلى هذا إن لم يرض فله الرجوع فيها، أو في عوضها إن كانت تالفة).

أما قول المصنف رحمه الله: "وهي تمليك في حياته بغير عوض"؛ فبيان لمعنى الهبة والعطية؛ لأنهما هما المذكوران قبل.

وقوله: "تمليك" يخرج ما ليس بتمليك؛ كالعارية. فإنها إباحة.

وقوله: "في حياته" يخرج الوصية؛ لأنها تمليك بعد الموت.

وقوله: "بغير عوض" يخرج عقود المعاوضات؛ كالبيع والإجارة ونحوهما.

وأما كون الهبة تصير بيعا إذا شرط فيها عوضا معلوما على المذهب؛ فلأنها تمليك بعوض معلوم. فكانت

---

(١) الممتع ٣/١٨٢

بيعا؛ كما لو قال: ملكتك هذا بدرهم.

وأما كونها يغلب فيها حكم الهبة على رواية؛ فلأنه وجد لفظها الصريح. فكان المغلب فيها الهبة؛ كما لو لم يشرط عوضا.

وفائدة هذا الخلاف أنه إذا قيل: أنها بيع ثبت فيها ضمان الدرك والخيار والشفعة وسائر أحكام البيع. وإذا قيل: أنها هبة يغلب فيها حكم الهبة، لا يثبت فيها الأحكام المختصة بالبيع.

وأما كونها لا تصح إذا شرط فيها ثوابا مجهولا على المذهب؛ فلأن الجهالة في عقود المعاملات يفسدها، وهي موجودة (١) هاهنا.

وأما كونه يرضيه بشيء على رواية؛ فلأن شرط الثواب ينفي التمليك بلا شيء، وروى أبو هريرة «أن أعرابيا وهب للنبي صلى الله عليه وسلم ناقة. فأعطاه ثلاثا فأبى. فزاده ثلاثا فأبى. فزاده ثلاثا فلما كملت تسعا قال: رضيت. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: لقد هممت أن لا أتهب إلا من قرشي أو أنصاري أو ثقفي أو دوسي» (٢). وظاهر هذه الرواية أن الهبة المشروط فيها العوض المجهول تصح.

قال المصنف في **المغني**: ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه أنها تصح؛ لأنها عقد، تصح بغير عوض. فلأن تصح بعوض مجهول بطريق الأولى.

وأما كون الواهب على هذه الرواية إن لم يرض فله الرجوع فيها؛ فلأنه يروى

---

(١) في هـ: موجود.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٦٨٧) ١: ٢٩٥.." [1]

"ولأن الذكر أحوج من الأنثى. من قبل أن الصداق والنفقة على الذكر، والأنثى بالعكس.

وفي قول المصنف رحمه الله: في عطية الأولاد تنبيه على أن عطية الأقارب غيرهم لا يشرع فيها ذلك. وصرح بذلك في **المغني**؛ لأنها عطية لغير الأولاد. فلم يجب ذلك فيها؛ كما لو كانوا غير وارثين.

ولأن (١) الأصل إباحة تصرف الإنسان في ماله كيف شاء. وإنما وجب ذلك بين الأولاد بالخبر، وليس (٢) غيرهم في معناهم. فيبقى على مقتضى الأصل.

وقال أبو الخطاب: حكمهم حكم الأولاد؛ لأنهم في معناهم.

وفرق المصنف بينهم من حيث إن الأولاد استووا في بر والدهم، وفي الحديث: «أيسرك أن يستووا في برك؟

---

(١) الممتع ١٨٦/٣

قال: نعم. قال: سو بينهم» (٣).

ولأن الأب يرجع في عطية ابنه. فيتمكن من التسوية بالرجوع. بخلاف بقية الأقارب.

وأما كون المعطي المذكور: عليه التسوية بالرجوع، أو إعطاء الآخر حتى يستووا؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في بعض أ(لـ)فاظه: «سو بينهم» (٤).

ولأن كل واحد من الأمرين تسوية.

وأما كون ذلك يثبت للمعطى له إذا مات المعطي على المذهب؛ فلأن أبا بكر رضي الله عنه لما وهب لعائشة النحل قال: «وددت لو أنك حزتيه» (٥). فلو تمكن الوارث من أخذه بعد الحيازة لم يكن في ذلك فائدة.

ولأنها عطية لولده. فلزمت بالموت؛ كما لو انفرد.

وأما كونه لا يثبت على رواية؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم سماه جورا بقوله: «لا أشهد

---

(١) في هـ: فلأن.

(٢) في هـ: ليس.

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٣٦٨٠) ٦: ٢٦٠ كتاب النحل، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل. نحوه.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٧٥) ٢: ٧٩٥ كتاب الهبات، باب الرجل ينحل ولده. نحوه.

(٤) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٥) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"على جور» (١). والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطى له تناوله، والموت لا يخرجه عن كونه جورا. فيجب رده.

و«لأن أبا بكر وعمر أمرا قيس بن سعد برد قسمة أبيه حين ولد له ولد لم يكن له علم به».

فعلى هذا لبقية ورثة المعطي الرجوع؛ لأنه لم يثبت للمعطى له. فكان لبقية ورثة المعطي الرجوع كموروثهم (٢).

ولأن الرجوع حق لموروثهم. فكان لهم؛ لقوله عليه السلام: «من ترك حقا فلورثته» (٣).

---

(١) الممتع ١٩٣/٣

قال: (وإن سوى بينهم في الوقف، أو وقف ثلثه في مرضه على بعضهم: جاز. نص عليه. وقياس المذهب: أن لا يجوز).

أما كون التسوية بين أولاده في الوقف؛ مثل: أن يجعل للذكر مثل الأنثى يجوز. بخلاف الهبة على المنصوص؛ فلأن الوقف لا ينتقل رقبته إلى الموقوف عليه على قول، وعلى القول بالانتقال ينتقل على وجه من القصور؛ لأنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا التصرف في رقبته بحال. بخلاف الهبة.

ولأنه يجوز أن يخصص بعضهم ب ا لوقف دون بعض؛ لأن الزبير خصص المردودة من بناته دون المستغنية (٤). فلأن يجوز التفضيل بينهم بطريق الأولى.

وأما كونها لا يجوز على قياس المذهب؛ فلأن الصحيح من المذهب أن الموقوف عليه يملك الوقف لما تقدم. وعلى تقدير عدم الملك هو يملك المنفعة بلا خلاف وهي المقصودة. وبالغ القاضي حتى قال: المستحب في الوقف التسوية؛ لأن القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا فيها.

وقال المصنف في **المغني** (٥): ما ذكره القاضي لا أصل له. وهو ملغى بالميراث

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) في هـ: وأما كون الباقين من ورثة المعطي لهم الرجوع؛ فلأنه لم يثبت للمعطى. فكان لبقية ورثة المعطى كمورثهم.

(٣) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٤) سبق ذكره ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٥) ساقط من هـ.." [١]

"والعطية. وحديث الزبير يدل على الاختصاص لمعنى مقصود، وذلك يجوز مثله في العطية. فلا فرق.

وأما كونه يجوز وقف ثلثه على بعض ورثته في مرض موته على المذهب؛ «فلأن عمر جعل أمر وقفه إلى حفصة تأكل منه وتشتري رقيقا» (١).

ولأن الوقف ليس في معنى المال؛ لأنه لا يجوز التصرف فيه. فهو كعتق الوارث.

وأما كونه لا يجوز على قياس المذهب؛ فلما تقدم.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله: أنه لا نقل عن الإمام فيما ذكر من أنه لا يجوز؛ لأنه جعل ذلك قياس

(١) الممتع ٣/١٩٤

المذهب. وفي وقف الثلث رواية مصرح بها. ذكرها أبو الخطاب وغيره.

ورجح المصنف رحمه الله في **المغني** عدم الجواز وعلله بنحو ما تقدم.

ولأنه تخصيص لبعض الورثة بماله في مرضه. فمنع منه؛ كالوصية. وحديث عمر ليس فيه تخصيص لبعض الورثة بالوقف؛ لأنه جعل (٢) إليها الولاية، وليس ذلك وقفا عليها.

قال: (ولا يجوز لواهب أن يرجع في هبته. إلا الأب. وعنه: ليس له الرجوع. وعنه: له الرجوع إلا أن يتعلق به حق أو رغبة؛ نحو: أن يتزوج الولد أو يفلس).

أما كون الواهب لا يجوز أن يرجع في هبته إذا كان غير أب؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «العائد في هبته كالعائد في قيئه» (٣)، وفي لفظ: «كالكلب يعود في قيئه» (٤)

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٧٩) ٣: ١١٧ كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٧٨) ٢: ٩٢٤ كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٢) ٣: ١٢٤١ كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٤٩) ٢: ٩١٥ كتاب الهبة، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها.

وأخرجه مسلم في الموضع السابق.." [١]

"ولا لأجنبي بزيادة على الثلث؛ كالوصية.

وأما المرض غير (١) المخوف والمخوف؛ فكما ذكر المصنف رحمه الله.

قال: (فأما الأمراض الممتدة؛ كالسل، والجذام، والفالج في دوامه. فإن صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة، وإلا فلا. وقال أبو بكر: فيه وجه آخر أن عطيته من الثلث).

أما كون الأمراض المذكورة مخوفة إذا صار صاحبها صاحب فراش، وغير مخوفة إذا لم يصر على المذهب؛ فلأن العادة قاضية بذلك.

وأما كون العطية من الثلث فيما ذكر من غير تفصيل على قول أبي بكر؛ فلأنها مخوفة في الجملة. فوجب

---

(١) الممتع ٣/١٩٥

إلحاقها بالمخوف من غير تفصيل؛ لمكان المخوف في الجملة.

وحكى المصنف في **المغني** أن أبا بكر ذكر في صاحب الأمراض الممتدة وجها: أن عطيته من صلب ماله. ثم علله بأنه لا يخاف تعجيل الموت منه وإن كان لا يبرأ فهو كالهرم. وظاهر هذا التناقض. إلا أن يكون أبو بكر قال مرة: هو من الثلث ومرة هو من صلب المال. بيان التناقض إذا لم يكن كذلك: أن ما قاله في **المغني**: إما أن يحمل على غير صاحب الفراش أو عليهما: أما الأول؛ فظاهر. وأما الثاني؛ فلأن أحد مدلوليه غير صاحب الفراش فيجيء المعنى المذكور قبل.

فإن قيل: هلا يحمل على صاحب الفراش؟

قيل: لأنه إن أريد الخصوص به صارت العطية من صاحب الفراش من صلب المال. فلا يتوجه قول أبي بكر أن عطية غير صاحب الفراش من الثلث؛ لأن من يخشى تلفه غالبا لا تكون عطيته من الثلث. فما ظنك بمن لا يخشى موته غالبا، وإن أريد به هو وغير صاحب الفراش فقد تقدم. وطريق السلامة من التناقض أن يكون النقل وجده مرة (٢) كذا ومرة كذا.

قال: (ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب، أو في لجة البحر عند هيجانه،

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.." [١]

"أو وقع الطاعون ببلده، أو قدم ليقتص منه، والحامل عند المخاض: فهو كالمريض. قال الخرقي: وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر. وقيل عن أحمد: ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله).

أما كون من كان بين الصفين ... إلى الحامل عند المخاض كالمريض على المذهب؛ فلأن الغالب في هذه الصور حصول التلف. فكان ملحقا بالمريض المخوف مرضه؛ لأنه في معناه من جهة الخوف.

وأما كون الحامل إذا صار لها ستة أشهر كالمريض على قول الخرقي؛ فلأن ذلك وقت يمكن فيه الولادة، وهي من أسباب التلف.

قال المصنف في **المغني**: والصحيح أنه إذا ضربها الطلق كان مخوفا؛ لأنه ألم شديد يخاف منه التلف. وأما قبل ذلك فلا؛ لعدم الألم، واحتمال وجوده خلاف العادة. فلا يثبت الحكم لاحتمال (١) بعيد.

وأما كون عطايا من تقدم ذكره من المال كله على قول عن أحمد؛ فلأنه لا مرض بهم. أشبهوا الصحيح

---

(١) الممتع ٣/٢٠٣

الخالي عما ذكر.

قال: (وإن عجز الثلث عن التبرعات المنجزة بدئ بالأول فالأول. فإن تساوت قسم بين الجميع بالحصص. وعنه: يقدم العتق).

أما كون ما ذكر يبدأ بالأول فالأول؛ فلأن الأول فالأول استحق الثلث. فلم يسقط بما بعده.

وأما كونه يقسم بين الجميع بالحصص على المذهب إذا تساوت؛ فلأنهم تساووا في الحق. فقسم بينهم بالحصص؛ كالميراث.

وأما كونه يقدم العتق على رواية؛ فلأنه آكد لكونه مبنيا على السراية والتغليب.

قال: (وأما معاوضة المريض بثمن المثل فتصح من رأس المال، وإن كانت مع وارث. ويحتمل: أن لا تصح لوارث).

أما كون معاوضة المريض بما ذكر تصح مع غير وارث فلا شبهة فيه؛ لأنه إنما

---

(١) في هـ: باحتمال.." (١)

"وأما كونها لا تصح ممن له دون سبع سنين؛ فلأنه لا تمييز له.

وأما كونها تصح ممن له سبع ولم يجاوز العشر في رواية؛ فلأنه يميز في الجملة، ولذلك أمر بالصلاة.

وأما كونها لا تصح في رواية؛ فلأنه ضعيف الرأي، ضعيف الأخذ لنفسه. فكان إلحاقه (١) بمن له دون سبع سنين أولى.

قال: (ولا تصح من غير عاقل؛ كالطفل، والمجنون، والمبرسم. وفي السكران وجهان).

أما كون الوصية من غير عاقل؛ كالطفل، والمجنون، والمبرسم: لا تصح؛ فلأنه لا حكم لكلامهم، ولا تصح عبادتهم ولا شيء من تصرفاتهم. فكذا الوصية بل أولى؛ لأنه إذا لم يصح إسلامه ولا صلاته التي لا ضرر فيها. فلئلا يصح بذله لمال يتضرر به وارثه بطريق الأولى.

ولأنه تصرف يفتقر إلى إيجاب وقبول. فلم يصح ممن ذكر؛ كالبيع والهبة.

وأما كون وصية السكران لا تصح من وجه؛ فلأنه زائل العقل. أشبه المجنون.

وأما كونها تصح في وجه؛ فلأنه يقع طلاقه. فصحت وصيته بالقياس عليه.

وفرق المصنف في **المغني** بين الطلاق والوصية من حيث: إن الطلاق وقع تغليظا؛ لارتكابه المعصية.

---

(١) الممتع ٣/٢٠٤

بخلاف الوصية فإنه لا ضرر عليه فيها بل الضرر على وارثه.

قال: (وتصح وصية الأخرس بالإشارة. ولا تصح وصية من اعتقل لسانه بها. ويحتمل أن تصح).

أما كون وصية الأخرس تصح بالإشارة؛ فلأن إشارته أقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما. فكذلك يجب أن تقوم مقامه في وصيته.

وأما كون وصية من اعتقل لسانه لا تصح بالإشارة على المذهب؛ فلأنه غير مأيوس من نطقه. فلم تصح وصيته بالإشارة؛ كالقادر على الكلام.

---

(١) في هـ: إلحاقه.." (١)

"فصل [في حكم الوصية]

قال المصنف رحمه الله: (والوصية مستحبة لمن ترك خيرا. وهو: المال الكثير بخمس ماله. ويكره لغيره إن (١) كان له ورثة. فأما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله. وعنه: لا تجوز إلا بالثلث).

أما كون الوصية لمن ترك خيرا مستحبة؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية﴾ [البقرة: ١٨٠]. نسخ الوجوب وهو المنع من الترك. بقي الرجحان وهو المستحب.

وعن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «يقول الله عز وجل: يا ابن آدم! جعلت لك نصيبا من مالك حين أخذت بكظمك لأطهرك وأزكيك» (٢). رواه ابن ماجة.

وكل شيء حصل التطهير والتزكية يكون فعله مستحبا.

وأما قول المصنف رحمه الله: لمن ترك خيرا فمشعر بأن الوصية لا تستحب لمن لم يترك خيرا. وهو صحيح؛ لأن الله تعالى شرط ترك الخير بقوله: ﴿إن ترك خيرا﴾ [البقرة: ١٨٠]، والمعلق على شرط عدم عند عدمه.

وأما كون الخير هو المال الكثير؛ فلأنه هكذا فسر، واختلف العلماء في مقداره فروي عن الإمام أحمد: أنه إذا ترك دون الألف لا يستحب له الوصية. فيدل على أنه لو ترك ألفا فصاعدا يستحب له الوصية. ومن شرط الاستحباب عنده: أن يترك كثيرا فيلزم أن يكون ذلك كثيرا عنده. وعن علي: أربعمائة دينار. وعن ابن عباس: سبعمائة درهم.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: الذي يقوى عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة فلا

---

(١) الممتع ٣/٢١٩

تستحب الوصية؛ لأن النبي علل المنع بقوله: «إنك أن

---

(١) في هـ: وإن.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧١٠) ٢: ٩٠٤ كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث.." [(١)]

"قال: (وتصح للحمل إذا علم أنه كان موجودا حين الوصية بأن تضعه لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج، أو سيد يطؤها أو لأقل من أربع سنين إن لم يكن كذلك في أحد الوجهين. وإن وصى لمن تحمل هذه المرأة لم يصح).

أما كون الوصية تصح للحمل؛ فلأنه يرث، والوصية تجري مجرى الميراث من حيث إنها انتقال المال من إنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض؛ كانتقال الميراث إلى الوارث. وقد سمى الله الميراث وصية بقوله: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ [النساء: ١١].

ولأن الوصية أوسع من الميراث؛ لأنها تصح للمخالف في الدين والعبد. بخلاف الميراث.

وأما كون العلم بوجوده حين الوصية شرطا لصحتها؛ فلأنه إذا لم يكن موجودا تكون الوصية لحمل يحدث، وذلك غير صحيح؛ لما يذكر بعد. وإذا اشترط كونه موجودا فلا بد من العلم بذلك ليتحقق الشرط.

وأما قول المصنف رحمه الله: بأن تضعه فبيان (١) لطريق العلم به.

فعلى هذا ينظر فإن كانت المرأة ذات فراش من زوج أو سيد (٢) يطؤها ووضعته لستة أشهر فما دون. علم أنه كان موجودا؛ لاستحالة أن يولد لأقل من ذلك.

ولم يذكر المصنف رحمه الله ستة أشهر ولا بد منها فإنها إذا وضعت لستة أشهر علم أيضا أنه كان موجودا؛ لاستحالة [أن يولد ولد لأقل من ذلك] (٣). وصرح به في **المغني**. وإن وضعته لأكثر من ذلك لم يعلم كونه موجودا حين الوصية؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية.

وإن لم تكن ذات فراش، أو كان لها فراش إلا أنه لم يكن (٤) يطأ ووضعته لأربع سنين فما دون: ففيه وجهان:

---

(١) في هـ: بيان.

(٢) في هـ: فإن كانت المرأة ذات زوج أو سيدها.

---

(١) الممتع ٣/٢٢١

(٣) ساقط من هـ.

(٤) زيادة من ج.." [١]

"رحمه الله [هنا وهو اختياره] (١)؛ فلأن القرب هي أبواب البر.

وأما كونه يصرف في الأقارب والمساكين والحج والجهاد على رواية قيلت عن الإمام وهي المذهب؛ فلأن أبواب البر وإن كانت عامة في كل قربة إلا أن الظاهر من حال الموصي أنه أراد المشهور من ذلك، والجهات الأربع هي أشهر القرب.

وأما كون فداء الأسرى مكان الحج على رواية؛ فلأن فيه تخليص رقبة مؤمنة من أيدي الكفار.

ولأن تخليص الأسير يتضمن نفع المخلص ونفع نفسه. بخلاف الحج فإنه لا يتضمن إلا نفع من حج عنه.

قال المصنف في **المغني**: يعني اختصاص الجهات المذكورة ليس على سبيل اللزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها؛ لأن اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومه.

وفيه إشعار بكون قوله أولا: صرف في القرب على جهة الاختيار منه لا أنه (٢) منقول عن أحد من الأصحاب. ولذلك نبه عليه عند شرحه. ويعضده أن أبا الخطاب لم ينقل أنه في غير الجهات المذكورة.

قال: (وإن وصى أن يحج عنه بألف صرف في حجة بعد أخرى حتى ينفذ. ويدفع إلى كل واحد قدر ما يحج به).

أما كون الوصية بما ذكر تصرف في حجة بعد أخرى حتى ينفذ؛ فلأن مقتضى الوصية صرف المال فيما وصي به، وقد وصى بألف في حج. فيجب أن يصرف في حجة بعد حجة.

وأما كونه يدفع إلى كل واحد قدر ما يحج به؛ فلأن حاجته إلى ذلك يقتضي ذلك.

وفيما ذكر إشعار بأنه لا يجوز أن يزاد من يحج على ما يحتاج إليه. وهو صحيح؛ لأنه تصرف بطريق النظر. فلم تجز الزيادة على ما تقتضيه العادة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: لأنه.." [٢]

---

(١) الممتع ٣/٢٤٣

(٢) الممتع ٣/٢٤٦

"قال: (وإن قال: يحج عني حجة بألف دفع الكل إلى من يحج. فإن عينه في الوصية فقال: يحج عني فلان بألف فأبى الحج (١) وقال: اصرفوا إلي الفضل لم يعطه وبطلت الوصية).

أما كون الكل فيما ذكر يدفع إلى من يحج عن الموصي؛ فلأنه أوصى به في حجة واحدة. فوجب أن يعمل بها.

وأما كون الفضل لا يعطى للموصى له إذا كان معينا وأبى أن يحج وقال: اصرفوا إلي ذلك؛ فلأنه إنما أوصي له بالزيادة بشرط الحج ولم يوجد.

وأما كون الوصية تبطل؛ فلأن الموصى له لم يقبل الوصية وامتنع من فعلها. أشبه ما لو أوصي له بمال فرده.

[فإن قيل: بطلان الوصية مشعر بأن المال الموصى به للورثة، وذلك ظاهر في أنه لا يحج عنه. وذلك مشكل من وجوه:

أحدها: أن الوصية المذكورة فيها حق للحج وحق للموصى له. فرده يبطل حقه. فلم يبطل حق غيره. ولذلك زاد بعض من أذن له المصنف رحمه الله في الإصلاح في حقه.

وثانيها: أنه قال في **الكافي**: فإن أبى المعين الحج صرف إلى من يحج عنه نفقة المثل والباقي للورثة. وبين ذلك وبين ما تقدم تناقض.

وثالثها: أن الموصي إذا كان ممن وجب عليه الحج، ولم يحج تعين الحج عنه. ولذلك قال صاحب المحرر فيه: ومتى أبى المعين أن يحج أقيم غيره بنفقة المثل والفضل للورثة.

قيل: الجواب عن إشعار بطلان الوصية بأن المال الموصى به للورثة صحيح وهو كذلك.

وعن قوله: وذلك ظاهر في أنه لا يحج عنه من الموصى به لكونه موصى به لا في أنه لا يحج عنه مطلقا؛ لأن الكلام لا دلالة له على ذلك. وكونه لا يحج عنه من المال الموصى به لكونه موصى به صحيح؛ لأن الوصية إذا بطلت بطل تعين الحج من الموصى به.

---

(١) ساقط من هـ.." (١)

"وعن قوله: الوصية فيها حق للحج فكيف يبطل برد المعين: بأن اللفظ المذكور دال على حج المعين لا على الحج مطلقا. وقد تعذر حصول ما دل اللفظ عليه برده فيبطل.

وعن زيادة بعض من أذن له المصنف رحمه الله بأنها زيدت لنفي ما توهم أولا؟ ويرد عليها: أنها توهم عدم

---

(١) الممتع ٣/٢٤٧

بطلان الوصية بالنسبة إلى الحج حتى أن ذلك يقتضي الحج من الموصى به؛ لكونه موصى به. وليس كذلك؛ لما تقدم ذكره.

وعن قوله في **الكافي**: صرف إلى من يحج عنه نفقة المثل: بأن ذلك ليس صريحا في الصرف من الوصية بل يجوز أن يكون من التركة ونحن نقول به. لا يقال ظاهره ذلك، لأنا نقول يجب حمله على ما ذكر؛ لما تقدم. على أن كلامه عام فيمن عليه حج ومن لا حج عليه وليس ذلك مرادا، ولذلك صرح صاحب المحرر فيه بأن من أوصى ولا حج عليه بطلت الوصية بالرد. وإذا حمل كلامه على ما ذكر لا تناقض.

وعن قوله: أن الموصي إذا كان ممن يجب الحج عليه تعين الحج عنه: بأنه يتعين الحج عنه من تركته أم من المال الموصى به؟ الأول: مسلم، والثاني: ممنوع.

وعن قوله: ولذلك قال صاحب المحرر فيه ما تقدم: بأنه ليس في قوله تصريح بأن ذلك من الموصى به.

فإن قيل: ظاهره ذلك كقوله: والفضل للورثة.

ولأنه حكم ببطلان الوصية فيما إذا كان الموصي لا حج عليه وسكت عن ذلك هنا.

قيل: يجب صرفه عن ظاهره؛ لما تقدم. والحكم ببطلان الوصية فيمن لا حج عليه والسكوت عن ذلك هنا لنفي التوهم المتقدم ذكره] (١).

قال: (وإن وصى لأهل سكته فهو لأهل دربه. وإن وصى لجيرانه تناول أربعين دارا من كل جانب. وقال أبو بكر: مستدار أربعين دارا).

أما كون الوصية لأهل سكته لأهل دربه؛ فلأن دربه سكته وقد أضافها إليه.

---

(١) ساقط من هـ.." (١)

"فتعين كون المراد ذلك.

وأما كون الوصية لجيرانه يتناول أربعين دارا من كل جانب على المذهب؛ فلما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الجار أربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا». رواه الإمام أحمد.

وأما كون ذلك مستدار أربعين دارا على قول أبي بكر؛ فلأن أولئك أقرب ممن ذكر.

والأول أولى؛ لما تقدم من الحديث.

قال: (وإن وصى لأقرب قرابته وله أب وابن فهما سواء. والجد والأخ سواء. ويحتمل تقديم الابن على الأب،

---

(١) الممتع ٢٤٨/٣

والأخ على الجد، والأخ من الأب. والأخ من الأم سواء، والأخ من الأبوين أحق منهما).

أما كون الأب والابن سواء في الوصية لأقرب قرابته على المذهب؛ فلأن كل واحد منهما يليه في القرب. فلم يكن أحدهما أقرب من الآخر.

وأما كون الجد والأخ سواء؛ فلأن كل واحد منهما يدلي بالأب. فكانا سواء.

وأما كونه يحتمل تقديم الابن على الأب، والأخ على الجد؛ فلأن الوصية يلحظ فيها الصلة. فينبغي أن تحمل حالة الموت على حالة الحياة، وصلة الحي إلى ابنه وأخيه أكثر من أبيه وجده.

وأما كون الأخ من الأب والأخ من الأم سواء؛ فلأنهما في درجة واحدة.

[فإن قيل: كيف يسوى بين الأخ من الأب وبين الأخ من الأم؟ ولو وصى لقرابته لم يدخل في ذلك الأخ من الأم على المذهب، ومن لا يدخل في القرابة لا يدخل في أقرب القرابة؟

قيل: ذلك مخرج على الرواية الأخرى. ذكره صاحب **المغني** فيه. فأما على المذهب فلا؛ لما ذكر] (١).

وأما كون الأخ من الأبوين أحق منهما؛ فلأنه يساويهما في إحدى الجهتين ويمتاز بالأخرى. فله مزيد قرب.

---

(١) ساقط من هـ.." (١)

"شاءوا منهم في ظاهر كلامه. وقال الخرقي: يعطى واحدا بالقرعة. فإن لم يكن له عبيد لم تصح الوصية في أحد الوجهين، وتصح في الآخر. ويشترى له ما يسمى عبدا. وإن كان له عبيد فماتوا إلا واحدا تعينت الوصية فيه. فإن قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم على قاتله).

أما كون الوصية بغير معين كعبد من عبيده تصح؛ فلأن الجهالة في هذا أقل من الجهالة في عبد، وقد صحت فيه؛ لما تقدم. فلأن تصح هاهنا بطريق الأولى.

وأما كون الموصى له يعطيه الورثة ما شاءوا من تلك العبيد في ظاهر كلام الإمام أحمد؛ فلأنه يتناوله الاسم. فيرجع إلى رأيهم فيه؛ كما لو وصي له بحظ أو جزء.

وأما كونه يعطى واحدا بالقرعة على قول الخرقي؛ فلأنهم استووا بالنسبة إلى استحقاقه. فأقرع بينهم؛ كما لو أعتق واحدا منهم. وذكر المصنف رحمه الله في **الكافي** قول الخرقي رواية.

وأما كون الوصية لا تصح إذا لم يكن له عبيد في وجه؛ فلأنه وصى بما لا يملك. أشبه ما لو وصى بدار ولا دار له.

---

(١) الممتع ٣/٢٤٩

وأما كونها تصح في وجه؛ فلأنه لما تعذرت الصفة بقي أصل الوصية.

فعلى هذا يشترى له ما يسمى عبدا؛ لأن الاسم يتناوله فيخرج به عن عهدة الوصية.

وأما كون الوصية تتعين في الحي إذا كان له عبيد فماتوا إلا واحدا؛ فلأنه لم يبق غيره.

وأما كون الموصى له له قيمة أحدهم على قاتله إذا قتلوا كلهم؛ فلأن حقه في واحد منهم وقد قتلهم كلهم. فوجب عليه ضمانه؛ كما لو قتل شخص عبد غيره.

قال: (وإن وصى له بقوس، وله أقواس للرمي والندف والبندق فله قوس النشاب؛ لأنه أظهرها. إلا أن تقترن به قرينة تصرف إلى غيره. وعند أبي الخطاب: له واحد منها كالوصية بعبد من عبيده).

أما كون الموصى له بقوس له قوس النشاب فيما ذكر إذا لم تقترن به قرينة." [1]

"قال: (وإذا أوصى إليه في شيء لم يصر وصيا في غيره. فإذا أوصى إليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم أخرجه كله مما في يده. وعنه: يخرج ثلث ما في يده ويحبس باقيه حتى يخرجوا).

أما (١) كون من وصي إليه بشيء لا يصير وصيا في غيره؛ فلأنه متصرف بالإذن، ولا إذن في غير ما وصي إليه فيه. فلم يكن وصيا فيه؛ كالأجنبي.

وأما كون من أوصى إليه بتفريق الثلث يخرجه كله مما في يده إذا أبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم على المذهب؛ فلأن حق الموصي متعلق بأجزاء التركة كلها. فجاز أن يخرج وصيته ذلك مما في يده تحصيلا لمقصود الموصي.

وأما كونه يخرج ثلث ما في يده ويحبس باقيه حتى يخرجوا على رواية: أما الأول؛ فلأنه موصى به، ولا حق للورثة فيه، وثلثاه ليسا كذلك. وأما الثاني؛ فلأن إخراج بقية الثلث واجب، وذلك وسيلة إليه.

قال المصنف في **المغني**: يمكن حمل الروايتين على اختلاف حالين: فالرو ا ية الأولى: محمولة على أن المال كان جنسا واحدا؛ لأنه لا فائدة في انتظار إخراجهم مما في أيديهم.

والرواية الثانية: محمولة على أن المال كان أجناسا؛ لأن الوصية تتعلق بثلث كل جنس. فليس له أن يخرج عوضا عن ثلث ما في أيديهم مما في يده؛ لأنه معاوضة. فلا يجوز بغير رضاهم.

قال: (وإن أوصى بقضاء دين معين فأبى ذلك الورثة قضاه بغير علمهم. وعنه: فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضي دين الميت إن لم يخف تبعة).

أما كون الموصى إليه يقضي الدين الموصى به بغير علم الورثة إذا أبوا ذلك على المذهب؛ فلأن الورثة لا

---

(١) الممتع ٣/٢٥٥

حق لهم إلا بعد وفاء الدين.

وأما كونه يقضيه إذا لم يخف تبعة؛ فلأن ما تقدم ذكره قائم فيه ولا معارض له. ومفهوم ذلك أنه له أن لا يقضيه إذا خاف التبعة. وهو صحيح؛ لأنه يتضرر بسببه، وهو منفي شرعا.

---

(١) في أ: وأما.." [١]

"ولأن من كان عليه دين لغيره أو اعترف صاحب المال أنه وكيله لم يلزمه الدفع إليه خوفا من تبعة الرجوع عليه بتقدير إنكار الموكل. فهاهنا أولى.

قال: (وتصح وصية الكافر إلى مسلم، وإلى من كان عدلا في دينه).

أما كون وصية الكافر إلى مسلم تصح؛ فلأن المسلم يصح أن يكون وصيا لمسلم. فلأن يصح أن يكون وصيا لكافر بطريق الأولى.

ولأن المسلم مقبول الشهادة على الكافر وعلى غيره.

وأما كونها تصح إلى من كان عدلا في دينه؛ فلأنه يجوز أن يكون وليا له. فجاز أن يكون وصيا له؛ كالمسلم.

وحكى المصنف رحمه الله تعالى في الكافر وجها: أنها لا تصح؛ لأن الكافر أسوأ حالا من الفاسق.

قال: (وإذا قال: ضع ثلث مالي حيث شئت، أو أعطه من شئت لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى ولده. ويحتمل جواز ذلك لتناول اللفظ له).

أما كون الموصى إليه بما ذكر لا يجوز له أخذ الموصى به على المذهب؛ فلأنه تمليك ملكه بالإذن. فلا يجوز أن يكون قابلا له؛ كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز له بيعها من نفسه.

وأما كونه لا يجوز له دفعه إلى ولده على المذهب؛ فلأنه يتهم في حقه. أشبه أخذه له.

وأما كونه يحتمل جواز ذلك؛ فلما علل المصنف رحمه الله تعالى، وذلك: أن تناول اللفظ يقتضي جواز ذلك؛ لأن (١) تناول اللفظ مشترك بين ذلك وبين الأجنبي، والأجنبي يجوز الدفع إليه. فكذلك ما ذكر هنا.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: يحتمل أن ينظر إلى القرائن. فإن دلت على جواز ذلك جاز، وإلا فلا.

---

(١) الممتع ٣/٣٠٠

(١) في أ: لا.." (١)

"وأما كونها من خمسة إذا كان معها أخت لأب؛ فلأن للأخت لأبوين (١) ثلاثة أسداس، وللأخت لأب السدس، وللأخ السدس.

وأما كونها لا تزيد على خمسة؛ فلما ذكر المصنف من أنها لو زادت سدسا آخر لكمل المال.

فإن قيل: ما مثال ذلك؟

قيل: ما لو كان في المسألة المذكورة أم؛ لأنها حينئذ لا تكون مسألة رد؛ لأن الرد هو أن يفضل عن ذوي الفروض شيء ولا فضل هنا؛ لأن الأخ لأم له السدس سهم، والأخت لأبوين (٢) لها النصف ثلاثة، والأخت لأب لها السدس تكملة الثلثين سهم، والأم لها السدس؛ لأن الأختين يحجبانها عن الثلث وهو سهم صار المجموع ستة.

قال: (وإن انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم؛ لأنه أصل مسألتهم).

أما كون عامل المسألة يضرب عدد الفريق المنكسر عليه في عدد سهامهم؛ فلتصحيح المسألة.

فإن قيل: ما مثال ذلك؟

قيل: أن تكون الجدة في المسألة الأولى ثنتين؛ لأن السهم الحاصل لها منكسر عليها فاضرب عدد الفريق المنكسر عليه في اثنين يكن ذلك أربعة: للجدتين سهمان لكل واحدة سهم، وللأخ سهمان (٣).

فإن قيل: ضمير المفعول في قول المصنف رحمه الله: ضربته على ما يعود؟

قيل: يعود على الفريق. والمعنى ضربت عدد الفريق المنكسر عليه كما ذكرته أولا. وصرح المصنف رحمه الله بذلك في **الكافي** فقال: وإن انكسر سهم فريق عليهم ضربت عددهم في عدد سهامهم.

(١) في أ: الأخت للأبوين.

(٢) في أ: وللأخت للأبوين.

(٣) في أ: سهم.." (٢)

(١) الممتع ٣/٣٠١

(٢) الممتع ٣/٣٥٣

"قيل: مثاله أربعة إخوة، وأخت. مات أخ ثم مات آخر. فالأخ والأخت الباقيان عصبة للأول والثاني. فالمال بينهما على ثلاثة: للأخ سهمان، وللأخت سهم.

قال المصنف في **المغني**: وقد يتفق هذا في أصحاب الفروض في مسائل يسيرة؛ كرجل مات عن امرأة، وثلاثة بنين، وبنت. فإن للمرأة من الأولى سهما مثل سهم البنت وكنصف سهم ابن وكذلك لها من الثانية. هذا لفظه. وفي المسألة حذف تقديره: كرجل مات عن امرأة وثلاثة بنين وبنت ثم مات أحد البنين والمرأة أمهم. وتحقيق المسألة: أن الأولى تصح من ثمانية: للمرأة منها سهم، وللبنت سهم، ولكل ابن سهمان. والثانية تصح من ستة: للأم سهم، وللبنت سهم، ولكل ابن سهمان. فللأم من الثانية لكونها أما مثل ما لها من الأولى؛ لكونها زوجة فلا حاجة إلى العمل بل اقسم المال كله (١) على ستة كما تقدم في العصبة لهما.

قال: (الثاني: أن يكون ما بعد الميت الأول (٢) من الموتى لا يرث بعضهم بعضا؛ كإخوة خلف كل واحد منهم بنيه فاجعل مسائلهم كعدد انكسرت عليهم سهامهم، وصحح على ما ذكرنا في باب التصحيح).

أما كون مسائل من ذكر تجعل كعدد انكسرت عليهم سهامهم؛ فلأن كل مسألة لمستحقها فهي كالعدد المذكور.

وأما كونها تصحح على ما ذكر في باب التصحيح؛ فلأن المسائل كالأعداد. وطريق تصحيحها ما تقدم في الباب المذكور (٣) فكذا ما يشبهها.

فعلى هذا قل: مسألة الأول من ثلاثة؛ لأن الميت أبو الإخوة الثلاثة، أو أخوهم، ثم انظر في مسألة الثاني والثالث هل ينقسم سهمه على وارثه أم لا؟ فإن انقسم فلا كلام، وإن لم ينقسم ولم يوافق كمسألة المصنف رحمه الله تعالى فإنه (٤) جعل لكل أخ بنين وذلك جمع، وأقله ثلاثة، وسهمه لا يصح عليهم ولا يوافق.

---

(١) زيادة من ج.

(٢) في أ: الأولى.

(٣) باب تصحيح المسائل ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٤) في أ: لأنه.." (١)

---

(١) الممتع ٣/٣٦٦

"زوجته وأخويه فمسألته من أربعة، وتصح من ثمانية. فإذا قسمت ما له من المسألة الأولى والثانية وهو اثنا عشر دينارا ونصف كان للزوجة ثلاثة دنانير وثمن، ولكل أخ أربعة ونصف ثمن. مجموع ما حصل للأخوين الباقيين من الأولى والثانية والثالثة سبعة عشر وثمن ونصف ثمن.

وأما كون المسألة والتركة إذا كان بينهما موافقة يوافق بينهما؛ فلأن ذلك متى أمكن لم يعدل إلى غيره؛ لأن العدد متى صح من عدد قليل لا يصار إلى عدد أكثر منه. وقد تقدم بيان ذلك في مسائل الموافقة فلا حاجة إلى إعادته.

وأما كون وفق التركة يقسم على وفق المسألة؛ فلأن ذلك يحصل به العلم بالنصيب.

قال: (وإن أردت القسمة على قراريط الدينار فاجعل عدد القراريط؛ كالتركة المعلومة واعمل على ما ذكرنا).

أما كون عامل ما ذكر يجعل عدد القراريط كالتركة المعلومة؛ فلأن العدد المذكور أصل؛ لكون القسمة عليه. فهو كالتركة المعلومة.

وأما كونه يعمل على ما ذكر قبل؛ فلما ذكر.

فإن قيل: كم قراريط الدينار؟

قيل: في عرف أهل دمشق أربعة وعشرين قيراطا. فإذا أردت قسمة السهام الكثيرة على ذلك فاجعل التركة كلها قراريط. فإذا كانت التركة دينارين وقيراطين (١). فابسط الكل قراريط تكن خمسين ثم اعمل كما تقدم فيما إذا كانت التركة دنانير.

وقال المصنف في **المغني**: إذا أردت قسمة المسألة على قراريط الدينار فلك طريقان:

أحدهما: أن تنظر ما تركت منه العدد فإنه لا بد أن يتركب من ضرب عدد في عدد. فانسب أحد العددين إلى أربعة وعشرين إن كان أقل منها، وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما كان فهو لكل قيراط. وإن كان أكثر من أربعة

---

(١) في أ: وقرطين.." [1]

"وأما كونه غير محجوب (١) بذي الرحم؛ فلأن ميراثه ثابت بالنص فلا يحجب عنه إلا بمثله.

ولأن قوله: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم ... الآية﴾ [النساء: ١٢] يدل على أنه لا يحجب عنه إلا بالولد، وبنت البنت منتسبة إلى غيره. فلا يدخل في ذلك.

---

(١) الممتع ٣/٣٧٤

ولأن ذا الرحم لا يرث مع ذي فرض. وإنما ورث معه هاهنا؛ لأن أحد الزوجين لا يرد عليه.

وأما كونه غير معاول؛ فلما ذكر.

وأما كون الباقي يقسم بين ذوي الرحم كما لو انفردوا على المذهب؛ فلأن صاحب الفرض إذا أخذ فرضه كأن الميت لم يخلف إلا ذلك.

وأما كون الفاضل عن الزوج يحتمل أن يقسم بينهم كما يقسم بين من أدلوا به؛ فلأنه الأصل الذي وقع به إرثهم. وسيتضح بعد إن شاء الله تعالى.

وهذا الخلاف إنما يقع في مسألة فيها من يدلي بذي فرض ومن يدلي بعصبة. أما إذا أدلى جميعهم بذي فرض أو عصبة فلا خلاف فيه. هكذا ذكر المصنف رحمه الله تعالى في **المغني**.

قال: (فإذا خلفت (٢) زوجا وبنت بنت، وبنت (٣) أخت: فللزوج النصف، والباقي بينهما نصفين على الوجه الأول، وعلى الآخر يقسم بينهما على ثلاثة: لبنت البنت سهمان، ولبنت الأخت سهم).

أما كون الباقي بين بنت البنت وبنت الأخت نصفين على الوجه الأول؛ فلأن بنت البنت لها النصف وبنت الأخت لها الباقي وهو النصف. فالمسألة أصلها من اثنين وتصح من أربعة: للزوج سهمان (٤)، ولبنت البنت سهم، ولبنت الأخت سهم.

---

(١) في أ: وأما كونه يحجب.

(٢) في أ: خلف.

(٣) ساقط من أ.

(٤) في أ: اثنان.." [1]

"باب ميراث الخنثى

قال المصنف رحمه الله: (وهو الذي له ذكر وفرج امرأة. فيعتبر بمباله. فإن بال، أو سبق بوله من ذكره فهو رجل. وإن سبق من فرجه فهو امرأة. وإن خرجا معا اعتبر أكثرهما).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو ... إلى امرأة؛ فبيان لمعنى الخنثى.

وقال في **المغني**: أو ثقب في مكان الفرج يخرج منه البول. كأنه لم يعتبر نفس الفرج بل أحد أمرين: إما الفرج أو ثقبا كما ذكر.

---

(١) الممتع ٣/٣٨٧

وأما كون الاعتبار بمباله؛ فلأن ابن المنذر قال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورث من حيث يبول: إن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل، وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة.

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه سئل عن مولود له قبل وذكر من أين يورث؟ قال: من حيث يبول» (١).

ولأنه يروى عن علي ومعاوية (٢).

ولأن البول أعم العلامات؛ لوجوده صغرا وكبرا.

وأما كونه رجلا إذا بال من ذكره، وامرأة إذا بال من فرجه؛ فلما تقدم ذكره.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٦١ كتاب الفرائض، باب ميراث الخنثى.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٢٤) عن معاوية و (١٢٥) عن علي ١: ٦٢ - ٦٣ باب ما جاء في الخنثى.

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٩٢٠٤) ١٠: ٣٠٨ كتاب الفرائض، خنثى ذكر. عن علي.

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٣٥٥) ٦: ٢٨٠ كتاب الفرائض، في الخنثى يموت كيف يورث. عن علي.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٦١ كتاب الفرائض، باب ميراث الخنثى. عن علي.

وأخرجه الدارمي في سننه (٢٩٦٦ - ٢٩٦٦) ٢: ٢٤٩ كتاب الفرائض، باب في ميراث الخنثى. عن علي.." [١]

"ولأنه يروى عن إياس بن عبد المزني «أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن قوم وقع عليهم بيت. فقال: يرث بعضهم بعضا» (١).

وأجاب بعض أصحابنا عن قول أحمد رحمه الله في امرأة وابنها بأنه يحتمل اختصاصه بما إذا ادعى وارث كل ميت بأن موروثه كان آخرهما موتا؛ لأن مع التداعي تتوجه اليمين على المدعى عليه.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله ترجيح توريث الأحياء. واحتج في **المغني** بأمور:

منها: أن قتلى اليمامة وصفين والحرة لم يورث بعضهم من بعض.

ومنها: ما روى جعفر بن محمد عن أبيه: «أن أم كلثوم بنت علي رضي الله عنه توفيت هي وابنها. فالتقت

---

(١) الممتع ٣/٣٩٦

الصيحتان في الطريق. فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه. فلم ترثه ولم يرثها» (٢).

ومنها: أن شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث وهو غير معلوم. فلا يثبت التوارث مع الشك في شرط.

ولأنه لم تعلم حياته حين موت موروثه. فلم يرثه؛ كالحمل إذا وضعته ميتا.

ولأن الأصل عدم التوارث. فلا يثبت بالشك.

ولأن توريث كل واحد منهم خطأ يقينا؛ لأنه يحتمل أن يكون موتهما معا.

وقال جوابا عن حديث إياس المتقدم: الصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه وأنه هو المسؤول. وليس يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم هكذا (٣). رواه سعيد في سننه.

قال: (فيقدر أحدهما مات أولا ويورث الآخر منه، ثم يقسم ما ورثه منه على الأحياء من ورثته، ثم يصنع بالثاني كذلك. فعلى هذا لو غرق أخوان أحدهما

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٤) الموضع السابق.

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٩١٥٩) ١٠: ٢٩٧ كتاب الفرائض، باب الغرقى.

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٣٢٩) ٦: ٢٧٧ كتاب الفرائض، في الغرقى من كان يورث بعضهم من بعض.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٠) ١: ٨٦ كتاب الفرائض، باب الغرقى والحرقى.

(٣) ر تخريج الحديث السابق.." [١]

"فقد خلفت أختيها لأبيها أحدهما أمها، والأخرى جدتها: فلأمها السدس، والباقي بينهما؛ لكونهما أختين وقد انحجبت الأم بنفسها وبأمها عن السدس. ولا ترث الجدة؛ لوجود الأم.

قال: (ولا يرثون بنكاح ذوات المحارم، ولا بنكاح لا يقرون عليه لو أسلموا).

أما كون المجوس لا يرثون بنكاح ذوات المحارم؛ كرجل تزوج أمه أو بنته أو أخته أو ما أشبه ذلك؛ فلأنه لا خلاف في ذلك.

قال المصنف في **المغني**: لا نعلم خلافا بين المسلمين في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم.

وأما كونهم لا يرثون بنكاح لا يقرون عليه في الإسلام؛ كمن تزوج مطلقة ثلاثا؛ فلأنه باطل لا يقر عليه فلم

---

(١) الممتع ٣/٤٠٤

يترتب عليه إرث؛ كالمسلم الذي نكاحه باطل.

وفي تقييد المصنف رحمه الله تعالى عدم الإرث بنكاح لا يقر عليه إشعار بالتوارث بنكاح يقر عليه؛ كمن تزوج امرأة بغير شهود؛ لأنه نكاح يقر عليه. فوجب أن يترتب الإرث عليه؛ كالأنكحة الصحيحة.

وفي بعض الأنكحة خلاف في استحقاق الإرث مبني على الخلاف في أنه هل يقر عليه أم لا؟ .

من ذلك: مجوسي تزوج امرأة في عدتها فظاهر كلام الإمام أحمد أنهما يتوارثان؛ لأنه قال: إذا أسلما وقد نكحها في العدة أقرا عليه.

وقال القاضي: إن أسلما بعد انقضاء العدة أقرا، وإن أسلما قبله لم يقرا.

فعلى هذا إن مات أحدهما قبل انقضاء العدة لم يتوارثان، وإن مات بعده توارثا. وتأول القاضي كلام أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة.." (١)

"وأما كون الزوج لا يرث الزوجة في الصورة المذكورة؛ فلأن مقتضى البينونة قطع التوارث. خولف في الزوجة للحديث، ومعارضة لقصده. فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

وأما كون المطلقة ترث المطلق بعد انقضاء العدة (١) بأحد الأسباب المتقدم ذكرها على رواية؛ فلما روى أبو سلمة بن عبدالرحمن: «أن أباه طلق أمه وهو مريض فمات فورثته بعد انقضاء العدة» (٢).

ولأن سبب توريثها فراره من (٣) ميراثها، وهو موجود هنا.

وأما كونها لا ترثه على رواية؛ فلأنها تباح لزوج آخر فلم ترثه؛ كما لو كان الطلاق في الصحة.

ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة. فلم يجز؛ كما لو تزوجت.

فإن قيل: ما الصحيح من هاتين الروايتين؟

قيل: الأول. عملا بالحديث والمعنى.

قال المصنف في **المغني**: المشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج.

وأما كون المطلقة قبل الدخول ترث المطلق على رواية ولا ترثه على رواية؛ فلأنها كالتي انقضت عدتها معنى. فكذا يجب أن تكون حكما.

وأما كون من انقضت عدتها ومن لا عدة عليها لا ترثه إذا تزوجت؛ فلأنها ترث زوجها الثاني فلا ترث الأول؛ لأن الإرث من حكم النكاح. فلا يجوز اجتماعه مع نكاح آخر؛ كالعدة.

ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول. أشبه ما لو كان فسخ النكاح من جهتها.

---

(١) الممتع ٤١٤/٣

(١) في أ: وأما كون المطلقة ترث بعد انقضاء العدة المطلق.

(٢) أخرجه مالك في الطلاق، باب طلاق المريض ٢: ٤٤٨/ ٤٠.

(٣) في أ: في.." [1]

"قال المصنف في **المغني**: والأول أصح في الأثر والنظر؛ لما روي عن عطاء «أن طارق بن المرقع أعتق سوائب فماتوا فكتب عمر: أن ادفع مال الرجل إلى مولاه فإن قبله وإلا فاشتر به رقابا فأعتقهم عنه» (١).

وروي «أن رجلا جاء إلى عبدالله فقال: إني أعتقت عبدا لي وجعلته سائبة فمات وترك مالا ولم يدع وارثا. فقال عبدالله: أنت ولي نعمته ... مختصر» (٢) رواه مسلم.

وأما فعل ابن عمر فمحمول على الورع (٣)؛ لأن في ذلك جمعا بين فعله وقوله مع موافقة الآثار المذكورة.

وأما كون الولاء للمعتق على المعتق في زكاته في رواية؛ فلدخوله في الحديث.

ولأن عائشة اشترت بريرة بشرط العتق (٤) وهو يوجب العتق، ولم يمنع ذلك ثبوت الولاء لها عليها.

وأما كونه لا ولاء له عليه في رواية؛ فلأنه أعتقه من غير ماله. فلم يكن له الولاء عليه؛ كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى بها وأعتق، وكما لو دفع إلى المكاتب مالا فأداه في كتابته.

والفرق بين ذلك وبين اشتراط العتق: أنه في الاشتراط أعتق ماله.

وأما كون الولاء للمعتق على المعتق في نذره أو كفارته في رواية، وكونه لا ولاء له عليه في رواية؛ فلاشتراكه مع المعتق في كونه من شيء واجب عليه صرفه في جهته.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٢٣) ١: ٨٣ كتاب الفرائض باب ميراث السائبة.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٠٠ كتاب الولاء، باب من أعتق عبدا له سائبة.

(٢) أخرجه البيهقي في الموضع السابق. ولم أره في مسلم

(٣) في أ: الفروع.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٠) ٢: ٧٥٩ كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا

---

(١) الممتع ٤١٧/٣

تحل.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.." [١]

"قال: (ومن أعتق عبدا يباينه في دينه فله ولاؤه وهل يرث به؟ على روايتين: أحدهما: لا يرث؛ لكن إن كان له عصبة على دين المعتق ورثه. وإن أسلم الكافر منهما ورث المعتق رواية واحدة).

أما كون من أعتق عبدا يباينه في دينه له ولاؤه؛ فلأنه معتق. فيدخل في عموم قوله عليه السلام: «وإنما الولاء لمن أعتق» (١).

وأما كونه يرث به (٢) على رواية؛ فلأنه يروى عن علي أنه قال: «الولاء شعبة من الرق» (٣).

وأما كونه لا يرث به على رواية؛ فلقوله عليه السلام: «لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم» (٤).

ولأنه ميراث. فمنعه منه تباين الدين؛ كميراث النسب.

قال المصنف في **المغني**: وهذا -يعني عدم الإرث- أصح في الأثر والنظر. وظاهر كلام أحمد الإرث به (٥)؛ لأنه شبهه بالرق فلم يصر تباين الدين. بخلاف الإرث بالنسب.

فعلى هذا إذا مات معتق وخلف مولاه المباين له في دينه وعصبة له على وفق دين المعتق يكون ميراثه لمولاه على الرواية الأولى ولعصبة مولاه على الثانية. وإن أسلم الكافر من السيد والمعتق ورثه السيد قولا واحدا؛ لأن الولاء له ولا مانع من الإرث. فوجب ثبوته عملا بالمقتضي السالم عن المعارض.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) في أ: يرثه.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٠٢ - ٣٠٣ كتاب الولاء، باب: المولى المعتق إذا مات ولم يكن له عصبة قام المعتق مقام العصبة.

(٤) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٥) ساقط من أ.." [٢]

"وفرق المصنف رحمه الله تعالى في **المغني** بين الطلاق والعتاق من حيث: إن الطلاق في النكاح الأول يحتسب به عليه في النكاح الثاني وينقص به عدد طلقاته. بخلاف الملك باليمين.

---

(١) الممتع ٣/٤٤٢

(٢) الممتع ٣/٤٤٤

قال: (وتبطل الصفة بموته. فإن قال: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر، أو أنت حر بعد موتي بشهر فهل يصح ويعتق بذلك؟ على روايتين.

وإن قال: إن دخلتها فأنت حر بعد موتي فدخلها في حياة السيد صار مدبرا، وإلا فلا).

أما كون الصفة تبطل بموت المعلق؛ فلأن ملكه يزول بموته. فتبطل الصفة بموته؛ كسائر تصرفاته.

وأما كون من قال ما ذكر في الصورتين المتقدم ذكرهما لا يصح على رواية؛ فلأنه جعل العتق معلقا بصفة توجد بعد زوال ملكه. فلم يصح؛ كما لو قال: إن دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر.

فعلى هذا لا يعتق المعلق عتقه بذلك؛ لعدم صحة التعليق.

وأما كونه يصح على رواية؛ فلأنه إعتاق بعد الموت. فصح؛ كما لو قال: أنت حر بعد موتي.

فعلى هذا يعتق؛ لأن صحة التعليق توجب وقوع العتق عند شرطه ضرورة.

وأما كون العبد يصير مدبرا إذا قال سيده: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر فدخلها في حياة السيد؛ فلأنه وجد شرط القول المذكور وهو مقتض للتدبير.

وأما كونه لا يصير مدبرا إذا لم يدخل الدار في حياة السيد؛ فلأنه جعل الموت ظرفا لوقوع الحرية، وذلك يقتضي سبق دخول الدار في الحياة. ضرورة أنه الشرط. إذ الشرط لا بد من سبقه الجزاء.

قال: (فإن قال: إن ملكت فلانا فأنت حر، وكل مملوك أملكه فهو حر: فهل يصح؟ على روايتين. وإن قاله العبد لم يصح في أصح الوجهين).

أما كون الحر إذا قال ذلك يصح على رواية؛ فلأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه. أشبه ما لو كان التعليق في ملكه.." (١)

"قال: (وإن أعتق في مرضه شركا له في عبد أو دبره وثلثه يحتمل باقيه: أعطى الشريك وكان جميعه حرا في إحدى الروايتين، والأخرى: لا يعتق إلا ما ملك منه).

أما كون المعتق المذكور يعطي الشريك -أي قيمة باقيه- بتقدير الحكم بالحرية؛ فلعموم قوله عليه السلام: «وأعطى شركاءهم حصصهم» (١).

ولأنه أتلف عليه باقيه بالعتق. أشبه ما لو قتله.

وأما كون جميعه حرا على رواية؛ فلأن تصرف المريض فيما لم يجاوز الثلث كتصرف الصحيح. ولو أعتق الصحيح شركا له في عبد سرى إلى نصيب الشريك. فكذلك المريض.

---

(١) الممتع ٣/٤٦٥

وأما كونه لا يعتق منه إلا ما ملك منه على رواية؛ فلأنه بموته يزول ملكه إلى الورثة فلا يبقى له شيء يعطي منه.

والصحيح حرية جميعه فيما أعتق؛ لما تقدم من أن تصرف المريض في ثلثه كتصرف الصحيح في ماله. بخلاف ما إذا دبر؛ لما ذكر من أنه يزول ملكه بموته فلا يبقى له ما يعطي الشريك.

قال المصنف في **المغني**: قال القاضي: الرواية في سراية العتق حال الحياة أصح. والرواية في وقوفه في التدبير أصح.

قال: (ولو أعتق في مرض موته ستة أعبد قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم: بيعوا في دينه. ويحتمل أن يعتق ثلثهم).

أما كون العبيد المذكورين يباعون في دين المعتق؛ فلأن عتقهم فيما ذكر كالوصية، والدين مقدم على الوصية، ولهذا قال علي رضي الله عنه: «إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية» (٢). فكذلك فيما هو كالوصية.

---

(١) سبق تخريجه من حديث ابن عمر ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٢) ٤: ٤٣٥ كتاب الوصايا، باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧١٥) ٢: ٩٠٦ كتاب الوصايا، باب الدين قبل الوصية.." [1]

"رسول الله صلى الله عليه وسلم: من يشتريه منه؟ فباعه من نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم. فدفعها إليه، وقال: أنت أحوج» (١). متفق عليه.

ولأنه عتق بصفة فلم يمنع البيع؛ كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر.

وأما كونه لا يباع إلا في الدين على رواية؛ فلأن الدين يقدم على العتق المحقق في بعض المواضع. فلأن يقدم على ما العقد فيه سبب الحرية بطريق الأولى.

وأما كون الأمة لا تباع خاصة على رواية؛ لأن في جواز بيعها إباحة لفرجها، وتسليط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف في بيعها، وحلها. بخلاف المدبر.

قال المصنف في **المغني**: هذا -يعني الأول- هو الصحيح؛ لما تقدم من الحديث. والقياس مع وجوده لا يصح فوجب العمل به؛ لأنه لم يعارضه معارض.

---

(١) الممتع ٣/٤٧٢

وأما كونه له هبته؛ فلأنه كبيعه معنى فكذا يجب أن يكون حكما. وحكمه في الخلاف المتقدم ذكره كحكم بيعه، ذكره المصنف في **الكافي**. ولعله اكتفى هنا -أي في المقنع- بذكر البيع عن الهبة؛ لظهور تساويها في المعنى.

وأما كون التدبير يعود إذا عاد المدبر إلى ملك السيد على الرواية الأولى؛ فلأنه علق عتقه بصفة. فإذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة؛ كما لو قال: أنت حر إن دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه.

وقال القاضي: العود مبني على أن التدبير هل هو تعليق للعتق بصفة أم وصية؟

فإن قيل: هو تعليق عاد بالعود، وإن قيل: هو وصية فلا يعود؛ لأن الموصى به لو باعه الموصي ثم اشتراه لم تعد الوصية.

قال: (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها. ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير).

أما كون ولد المدبرة الحادث بعد تدبيرها بمنزلتها؛ فلأن عمر وابنه وجابرا قالوا: «ولدها بمنزلتها» (٢). ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة. فكان إجماعا.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٤) ٢: ٧٥٣ كتاب البيوع، باب بيع المزايدة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٩٩٧) ٣: ١٢٨٩ كتاب الأيمان، ب١ب جواز بيع المدبر.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٤٨ كتاب عتق أمهات الأولاد، باب ولد أم الولد من غير سيدها بعد الاستيلاد. عن عبدالله بن عمر.." [(١)]

"ولأن الأم استحقت العتق بموت سيدها. فوجب أن يتبعها ولدها؛ كأم الولد.

وأما كون المدبرة لا يتبعها ولدها من قبل التدبير؛ فلأنه لا يتبع في العتق المنجز فلأن لا يتبع في المعلق بطريق الأولى.

قال: (وله إصابة مدبرته. فإن أولدها بطل تدبيرها).

أما كون السيد له إصابة مدبرته. والمراد بالإصابة: الوطء؛ فلأن المدبرة مملوكته فتدخل في قوله: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء: ٣].

ولأن ثبوت العتق بالموت لا يمنع وطأها؛ كأم الولد.

وأما كونه إذا أولدها يبطل تدبيرها؛ فلأن الاستيلاد أقوى من التدبير. فأبطله؛ لأن الضعيف لا يجامع القوي؛

---

(١) الممتع ٣/٤٨٠

كالنكاح والملك.

قال: (وإذا كاتب المدبر أو دبر المكاتب جاز).

أما كون كتابة المدبر تجوز؛ فلأن الأثرم روى عن أبي هريرة وابن مسعود والحسن جوازه. ولفظ أبي هريرة عن مجاهد قال: «دبرت امرأة من قريش خادما. ثم أرادت أن تكاتبه قال: فكتب الرسول إلى أبي هريرة فقال: كاتبيه. فإن أدى كتابته فذلك، وإن حدث بك حدث عتق» (١).

ولأن التدبير إن كان عتقا بصفة لم يمنع الكتابة؛ كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر ثم كاتبه، وإن كان وصية فالوصية بالمكاتب جائزة.

وأما كون تدبير المكاتب يجوز؛ فلأن المصنف قال في **المغني**: لا نعلم فيه خلافا؛ لأنه تعليق عتق بصفة وهو يملك إعتاقه أو وصيته وهو يملك ذلك فيها.

قال: (فإن أدى عتق وإن مات سيده قبل الأداء عتق إن حمل الثلث ما بقي من كتابته. وإلا عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق. وهو على الكتابة فيما بقي).

أما كون المكاتب إذا أدى يعتق؛ فلأن شأن المكاتب ذلك؛ لما تقدم. وهو مكاتب.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣١٤ كتاب المدبر، باب كتابة المدبر.." [1]

"قيل: لأن سقوط مال الكتابة بحسب العتق لا خلاف فيه بخلاف بطلانها في نفسها. فإن اختياره أنها لا تبطل صرح به في **المغني**؛ لأن السيد إذا كانت عنده لم يملك إبطالها؛ لأنها عقد لازم. وإنما صح تدبيره؛ لأنه إسقاط لحقه الذي عليه. وحكى عن الأصحاب أنهم قالوا: يبطل بحصول العتق بالتدبير.

وفائدة الخلاف: أن ما في يد المكاتب له عند المصنف إذا عتق بالتدبير؛ لأنه بمنزلة ما لو أبرأه، ولورثة السيد عند الأصحاب؛ لأن حكم الكتابة قد ارتفع.

قال: (وإذا دبر شركا له في عبد لم يسر إلى نصيب شريكه. وإن أعتق شريكه سرى إلى المدبر وغرم قيمته لسيده. ويحتمل أن يسري في الأول دون الثاني).

أما كون من دبر شركا له في عبد لا يسري إلى نصيب شريكه على المذهب؛ فلأن التدبير تعليق للعتق على صفة. فلم يسر؛ كما لو علقه بدخول الدار.

وأما كون شريكه إذا أعتق يسري إلى المدبر ويغرم قيمته لسيده على المذهب؛ فلأن ذلك داخل في عموم

---

(١) الممتع ٣/٤٨١

قوله عليه السلام: «من أعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ قيمة العبد، قوم عليه قيمة عدل، وأعطى شركاءه حصصهم» (١).

وأما كونه يحتمل أن يسري في الأول؛ فلأن المدبر بعضه استحق العتق بموت سيده. فسرى إلى نصيب شريكه؛ كأم الولد.

وأما كونه يحتمل أن لا يسري في الثاني؛ فلأن الشريك قد استحق الولاء على العبد بموته. فلم يكن للآخر إبطاله.

قال: (وإذا أسلم مدبر الكافر لم يقر في يده، وترك في يد عدل ينفق عليه من كسبه وما فضل لسيده. وإن أعوز فعليه تمامه. إلا أن يرجع في التدبير ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه).

أما كون مدبر الكافر إذا أسلم لا يقر في يد سيده؛ فلأن المسلم لا يقر في يد الكافر.

وأما كونه يترك في يد عدل -وإن كان الواجب في عبد الكافر إذا أسلم بيعه- إذا لم يرجع في التدبير ... إلى آخره؛ فلأن في البيع إبطال سبب العتق فكان في تركه في يد عدل إبقاء لسبب العتق، وانتظارا لعتقه. وذلك أصلح وأولى.

وقال المصنف في **المغني**: يحتمل أن يؤمر بإزالة ملكه عنه ويجبر عليه؛ لئلا يبقى كافر مالكا لمسلم.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." [١]

"وأما قوله: لمن يعلم فيه خيرا؛ فتنبيه على أن كون العبد فيه خير يعلمه السيد شرط للاستحباب أو الوجوب؛ لأن الله تعالى شرط ذلك حيث قال: ﴿إن علمتم فيهم خيرا﴾ [النور: ٣٣].

وفسر المصنف الخير بالكسب والأمانة؛ لأنه المناسب لإيقاع الكتابة. ونسب ذلك في **المغني** إلى الشافعي. ونقل عن أحمد فيه أن الخير: صدق، وصلاح، ووفاء بمال الكتابة. وهو قريب من الأول.

قال: (وهل تكره كتابة من لا كسب له؟ على روايتين).

أما كون كتابة من ذكر تكره على رواية؛ فلأن كتابة من لا كسب له إضرار (١) بالمسلمين، وجعله كلا وعيالا عليهم مع ثبوت نفقته الواجبة على سيده.

وأما كونها لا تكره على رواية؛ فلأن بريرة كاتبها أهلها ولا حرفة لها. فلم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم (٢).

---

(١) الممتع ٣/٤٨٣

قال (ولا تصح إلا من جائز التصرف. وإن كاتب المميز عبده بإذن وليه صح. ويحتمل أن لا يصح. وإن كاتب السيد عبده المميز صح).

أما كون الكتابة لا تصح إلا من جائز التصرف؛ فلأنها عقد معاوضة. فلم تصح من غير جائز التصرف؛ كالبيع ونحوه.

وأما كون كتابة المميز عبده بإذن وليه تصح على المذهب؛ فلأن تصرف المميز بإذن وليه صحيح في غير الكتابة. فكذلك فيها.

وأما كونها يحتمل أن لا تصح؛ فلأن المميز غير مكلف. فلم يصح منه عقد الكتابة؛ كالمجنون.

وأما كون كتابة السيد عبده المميز يصح؛ فلأنه مميز والمصلحة له في العتق لخلاصه من الرق. أشبه البالغ.

---

(١) في أ: إضرارا.

(٢) سيأتي ذكر حديث بريرة وتخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..." (١)

"قال: (وإذا عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الأخذ وعتق. ويحتمل أن لا يلزمه ذلك إذا كان في قبضه ضررا).

أما كون السيد يلزمه أخذ ما ذكر إذا لم يكن فيه ضرر؛ فلأن تعجيله محض مصلحة. فلزم قبوله؛ كما لو دفع إليه أجود من حقه من جنسه.

ولأنه يروى «أن رجلا أتى عمر. فقال: يا أمير المؤمنين! إني كاتبت على كذا وكذا، وإني أيسرت بالمال. فأتيته بالمال. فزعم أنه لا يأخذها إلا نجوما. فقال عمر: يا برقا! خذ هذا المال فاجعله في بيت المال، وأد إليه نجوما في كل عام. وقد عتق هذا. فلما رأى ذلك سيده أخذ المال» (١). وعن عثمان نحوه (٢). رواه عنهما سعيد بن منصور في سننه.

ولأن الأجل حق لمن عليه الدين فإذا عجله فقد رضي بإسقاط حقه. فيجب أن يسقط؛ كسائر الحقوق.

وأما كونه إذا عجله وفي قبضه ضرر. وهو: ما يختلف حديثه وقديمه، أو يحتاج إلى مؤونة في حفظه، أو يدفعه في حال خوف يخاف ذهابه، أو يفسد؛ كالعنب والرطب، أو ما يخاف تلفه؛ كالحيوان: يلزمه أخذه على المذهب؛ فلأن عمر وعثمان قضيا بأخذه من غير تفصيل.

فعلى هذا يعتق.

---

(١) الممتع ٤٨٦/٣

وأما كونه يحتمل أن لا يلزمه أخذه فيما ذكر على رواية؛ فلأن بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حق له، ولم يرض بزواله. فلم يزل؛ كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق قبله.

وظاهر كلام المصنف هاهنا أنه إذا لم يكن في قبضه ضرر لا خلاف في لزوم أخذه؛ لأنه قيد الخلاف بالضرر.

وقال في **المغني**: أن الروايتين عن الإمام أحمد مطلقتان، وأن الصحيح في المذهب اللزوم، وأن القاضي قال: المذهب عندي التفصيل. وذكر في **الكافي**: أنه إن كان

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٣٥ كتاب المكاتب، باب تعجيل الكتابة.

(٢) أخرجه البيهقي في الموضع السابق.." [١]

"قال: (وولد المكاتبة الذي ولدته في الكتابة يتبعها. وإن اشترى المكاتب زوجته انفسخ نكاحها).

أما كون ولد المكاتبة المذكور يتبع المكاتبة؛ فلأن الكتابة سبب للعتق. فسرى إلى الولد؛ كالاستيلاد.

وفي قول المصنف رحمه الله تعالى: الذي ولدته في الكتابة إشعار بأن الولد قبل الكتابة لا يتبعها وهو صحيح؛ لأنه لو باشرها بالعتق لم يتبعها ولدها. فلأن لا يتبعها في الكتابة بطريق الأولى.

وأما كون المكاتب إذا اشترى زوجته ينفسخ نكاحها؛ فلأن المكاتب يملك ما يشتريه. بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده، ولسيده عليه، ويجري الربا بينه وبينه.

قال: (وإن استولد أمته فهل تصير أم ولد له يمتنع عليه بيعها؟ على وجهين).

أما كون من استولد أمته تصير أم ولد له يمتنع عليه بيعها على وجه؛ فلأنه مستولد به. أشبهت مستولدة الحر.

وأما كونها لا تصير أم ولد له يمتنع عليه بيعها على وجه؛ فلأنها حملت بمملوك في ملك غير تام.

قال المصنف في **المغني**: والمذهب أنها تصير أم ولد؛ لأن ولدها له حرمة الحرية. ولهذا لا يجوز بيعه.." [٢]

"وأما كونها تعتق بأدائها؛ فلأن كتابتها لم تبطل؛ لأن الكتابة عقد لازم من جهة سيدها.

وأما كونها تعتق بموت السيد؛ فلأن ذلك شأن أم الولد.

---

(١) الممتع ٣/٤٩١

(٢) الممتع ٣/٤٩٧

وأما كون ما بقي من كتابتها تسقط؛ فلأنها عتقت بغير الكتابة.

وأما كون ما بقي في يدها إذا مات السيد ولم تعجز: لها على قول غير الأصحاب؛ فلأن العتق إذا وقع في الكتابة لم يبطل حكمها وكان بمنزلة الإبراء من نجوم الكتابة. وذكر المصنف في **المغني**: أن ذلك قول القاضي وابن عقيل.

وأما كونه لورثة سيدها على قولهم؛ فلأنها عتقت بحكم الاستيلاد. فكان ما في يدها لورثة سيدها؛ كما لو لم تكن مكاتبة.

وأما كونه للورثة إذا عجزت قبل موت سيدها؛ فلأنها عادت إلى ملك السيد بالعجز.

وأما كون الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده كالحكم فيما تقدم ذكره؛ فلأن عتقه بالمباشرة كعتقها بالاستيلاد. فوجب استواؤهما في الحكم.

وقال المصنف في **المغني**: يحتمل أن يفرق بينهما من حيث: إن الإعتاق يكون برضى من المعتق فيكون رضى منه بإعطائها مالها. والعتق بالاستيلاد يحصل بغير رضى الورثة واختيارهم فلا يستتبع المكاتب شيئا من ماله.

قال: (وإن كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئاها فلها المهر على كل واحد منهما. وإن ولدت من أحدهما صارت أم ولد له، ويغرم لشريكه نصف قيمتها. وهل يغرم نصف قيمة ولدها؟ على روايتين).

أما كون المكاتبة لها المهر على كل واحد من سيدها إذا وطئاها؛ فلأن الوطء يوجب المهر، وقد وجد ذلك منهما.

وأما كونها تصير أم ولد للذي أولدها منهما؛ فلأنها علقت بحر في شيء ملك بعضه، وذلك موجب للسراية؛ لأن الاستيلاد أقوى من العتق. بدليل أنه يصح من المجنون وينفذ من الأب في جارية ابنه، وينفذ من رأس المال في مرض الموت.

وأما كون الذي أولدها يغرم نصف قيمتها لشريكه؛ فلأنه أتلفها عليه بصيرورتها أم ولد.." (١)

"فصل [إذا كاتب عبيدا كتابة واحدة]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإذا كاتب عبيدا له كتابة واحدة بعوض واحد: صح، ويقسط العوض بينهم على قدر قيمتهم. ويكون كل واحد منهم مكاتبا بقدر حصته يعتق بأدائها ويعجز بالعجز عنها وحده. وقال أبو بكر: العوض بينهم على عددهم. ولا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة. وإن اختلفوا بعد الأداء

---

(١) الممتع ٣/٥٠٠

في قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه).

أما كون من كاتب عبيدا له بعوض واحد يصح؛ فلأن الكتابة بيع. فصح عقدها على جماعة جملة واحدة بعوض واحد؛ كالبيع.

وأما كون العوض يقسط بينهم على قدر قيمتهم على المذهب؛ فلأن البيع إذا تناول جماعة وجب تقسيط العوض بينهم كذلك. فكذلك الكتابة.

وأما كون كل واحد منهم يكون مكاتبا بقدر حصته يعتق بأدائها ويعجز بالعجز عنها وحده على ذلك؛ فلأن الحصة بمنزلة القن المنفرد.

وأما كون العوض على عددهم على قول أبي بكر؛ فلأنه أضافه إليهم إضافة واحدة. فكان بينهم بالسواء؛ كما لو أقر لهم بشيء.

وأما كونه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة؛ فلأن الكتابة مقدر فيها قول السيد: متى أديتم فأنتم أحرار. ولو صرح بذلك لم يعتق واحد حتى يوجد الأداء من الكل.

قال المصنف في **المغني**: الأول أصح؛ لما تقدم. وما ذكر منتقض بتقسيط العوض بالقيمة فيما لو اشترى شقصا وسيفا بثمن واحد. وبهذا فارق الإقرار؛ لأنه ليس عوضا.." (١)

"فصل [إذا اختلفا في الكتابة]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإن اختلفا في الكتابة فالقول قول من ينكرها. وإن اختلفا في قدر عوضها فالقول قول السيد في أحد الروايتين. وإن اختلفا في وفاء مالها فالقول قول السيد. فإن أقام العبد شاهدا وحلف معه، أو شاهدا وامرأتين: ثبت الأداء وعتق).

أما كون القول قول من ينكر الكتابة إذا اختلفا فيها؛ فلأن القول قول المنكر في البيع والإجارة وسائر العقود. فكذلك هاهنا.

وأما كون القول قول السيد إذا اختلفا في قدر عوضها في رواية؛ فلأنه اختلاف في الكتابة. فكان القول قول السيد؛ كما لو اختلفا في أصل الكتابة.

وأما كون السيد والمكاتب يتحالفان ويترادان عقد الكتابة في رواية؛ فلأنهما اختلفا في عوض المبيع.

وذكر المصنف رحمه الله تعالى في **المغني** رواية ثالثة: أن القول قول المكاتب؛ لأنه منكر للزيادة، والقول قول المنكر.

---

(١) الممتع ٣/٥١١

ولأنه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه» (١).

والأول المذهب. قاله القاضي.

والفرق بين الكتابة وبين البيع: أن الأصل عدم ملك كل واحد من المتعاقدين للعوض الذي بذله صاحبه. وفي الكتابة الأصل: أن السيد مالك لعبده وكسبه، والعوض من كسبه. فإذا كان الأصل أنه ملكه كان القول قوله فيه.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٤١) ٣: ٦٢٦ كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.." [1]

"فصل [في الكتابة الفاسدة]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (والكتابة الفاسدة مثل أن يكاتبه على خمر، أو خنزير يغلب فيها حكم الصفة في أنه إذا أدى عتق فلا يعتق بالإبراء).

أما كون الكتابة بما ذكر فاسدة؛ فلأنها عقد معاوضة. ففسدت بما ذكر؛ كالبيع.

وأما كون الكتابة الفاسدة يغلب فيها حكم الصفة؛ فلأن الكتابة تتضمن أمرين:

أحدهما: المعاوضة.

والثاني: الصفة. وهي أن تقول: إذا أديت فأنت حر. فإذا لم تصح المعاوضة بقيت الصفة. فيجب أن يعتق إذا أدى فيها؛ لوجود الصفة.

وقال المصنف في **المغني**: قال أحمد: إذا كاتب كتابة فاسدة. فأدى: عتق ما لم تكن الكتابة محرمة. وظاهره (١) أنه لا يعتق بالأداء فيها. وجمع بينهما: بأن العتق محمول على كتابة فيها صفة، والقول بعدم العتق محمول على كتابة ليس فيها صفة.

وأما كونه لا يعتق فيها بالإبراء؛ فلأن المال غير ثابت في العقد. بخلاف الكتابة الصحيحة.

قال: (وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه. ولكل واحد منهما فسخها).

أما كون الكتابة المذكورة تنفسخ بما ذكر على المذهب؛ فلأن الكتابة الفاسدة عقد جائز من الطرفين لا تؤول إلى اللزوم. فانفسخت بما ذكر؛ كالوكالة.

---

(١) الممتع ٣/٥١٥

(١) في أ: وظاهر، ولعل الصواب ما أثبتناه.." [١]

"فعلى هذا إذا مات وأدى إلى الورثة لم يعتق؛ لأن المعاوضة انفسخت، والصفة بطلت بالموت.

وأما كون كل واحد منهما له فسخها؛ فلأنها ليست بعقد صحيح حتى تكون كإرثه.

فإن قيل: أن يملك السيد فسخها إذا كان فيها صفة؛ كقوله: إن أديت كذا فأنت حر.

قيل: لأن المقصود المعاوضة، والصفة مبنية عليها. بخلاف الصفة المجردة.

قال: (ويملك السيد أخذ ما في يده. وإن فضل عن الأداء فضل [فهو لسيده).

أما كون السيد يأخذ ما في يده؛ فلأن كسب العبد لسيده بحكم الأصل، والعقد هاهنا فاسد.

وأما كون ما فضل] (١) عن الأداء لسيده؛ فلأنه عتق بالصفة لا بالمعاوضة، وما فضل في يده بعد الأداء يكون للسيد؛ لبقائه على ملكه.

وقال المصنف في **المغني**: ما فضل في يده له؛ لأنه عقد كتابة يحصل فيه المعقود عليه وهو العتق. فكان الفضل له؛ كالصحيح.

قال: (وهل يتبع المكاتبة ولدها فيها؟ على وجهين).

أما كون ولد المكاتبة يتبعها في الكتابة الفاسدة على وجه؛ فبالقياس على الصحيحة.

ولأن المعلق عتقها على صفة يتبعها ولدها. فكذلك هاهنا.

وأما كونه لا يتبعها على وجه؛ فلأن تبع الولد في الصحيحة إنما كان بحكم العقد. وهذا المعنى مفقود هاهنا، وولد المعلق عتقها بصفة فيه منع؛ لأنه لا يتبعها على وجه.

---

(١) ساقط من أ، وما أثبتناه من الشرح الكبير ١٢: ٤٨٤.." [٢]

"وأما كونه يفديها بقيمتها إذا ساوت أرش الجناية أو نقصت عنه أو دونها إن لم يكن كذلك على المذهب؛ فلما تقدم ذكره في سيد الجاني.

وأما كونه عليه فداؤها بأرش الجناية كله على رواية؛ فلما تقدم فيه أيضا.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: لا يفدى بأرش الجناية بالغا ما بلغ؛ لأنه لا يملك (١) تسليمها للبيع.

---

(١) الممتع ٥١٧/٣

(٢) الممتع ٥١٨/٣

بخلاف القن.

وأما كونه يفديها أيضا إذا عادت فجنت على المذهب؛ فلأنها جناية. أشبهت الأول.

وأما كون ذلك يتعلق بذمتها على رواية؛ فلأن تكرر الفداء على السيد مع منعه من بيعها يضر به. فوجب تعليقه بذمتها.

قال: (وإن قتلت سيدها عمدا فعليها القصاص. وإن عفوا على مال، أو كانت الجناية خطأ: فعليها قيمة نفسها، وتعتق في الموضعين).

أما كون أم الولد إذا قتلت سيدها عمدا عليها القصاص؛ فلأنها دونه أو مثله، وفي القصاص مصلحة للزجر عن تعاطي قبيح القتل.

وأما كونها عليها قيمة نفسها إذا عفا مستحق القصاص على مال، أو كانت الجناية خطأ؛ فلأن اعتبار الجناية في حق الجاني بحال الحياة. بدليل ما لو جنى عبد فأعتقه سيده. وهي في حال الجناية أمة فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفدى العبد الجاني بقيمته.

وقال المصنف في **المغني**: ويجب أن يقال: إذا كانت الدية أقل من القيمة أن تجب الدية؛ لأنه لا يلزم الجاني أكثر من أرش جنايته.

---

(١) في أ: يملكها، ولعل الصواب ما أثبتناه.." (١)

"وأما كونها تعتق في الموضعين -أي: في الجناية العمد والخطأ-؛ فلأنها لا ينتقل الملك فيها، وقد زال ملك سيدها عنها بموته.

قال: (ولا حد على قاذفها. وعنه: عليه الحد).

أما كون أم الولد لا حد على قاذفها على رواية؛ فلأنها أمة حكمها حكم الإماء في أكثر الأحكام. فوجب أن يلحق القذف بها القذف بالأمة بل أولى؛ لأن الحد على رواية يحتاط لإسقاطه، ويدرأ بالشبهات.

وأما كونه عليه الحد؛ فلأنه يروى عن عمر.

ولأن لها معنى منع بيعها وإرثها. أشبهت الحرة.

قال المصنف في **المغني**: والأول أصح.." (٢)

---

(١) الممتع ٣/٥٢٤

(٢) الممتع ٣/٥٢٥

"وأما كونه يجوز له النظر إلى ما يظهر غالبا كما تقدم بيانه على رواية؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم لما أذن في النظر إليها مطلقا علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر منها غالبا. إذ لا يمكن إفراد الوجه بذلك.

ولأنه يظهر غالبا. فأبيح النظر إليه؛ كالوجه.

وأما كون النظر المذكور من غير خلوة بها؛ فلأنها كانت محرمة، ولم يرد الشرع بغير النظر. فبقيت الخلوة على التحريم.

ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور. فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا يخلون الرجل بامرأة فإن الشيطان ثالثهما» (١). رواه أحمد.

قال: (وله النظر إلى ذلك، وإلى الرأس، والساقين من الأمة المستامة، ومن ذوات محارمه. وعنه: لا ينظر من ذوات محارمه إلا إلى الوجه والكفين).

أما كون الرجل له النظر إلى الأمة المستامة؛ فلأن الحاجة تدعو إلى ذلك ليعرف ما يشتري.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا أن النظر الجائز يختص بالوجه والرقبة واليدين والقدمين والرأس والساقين؛ لأن المقصود يحصل بذلك.

وقال في **الكافي**: يجوز النظر إلى ما عدا العورة؛ لأن ذلك محتاج إلى معرفته. فجاز النظر إليه؛ كالوجه.

وفي تقييد الأمة بالمستامة دليل على عدم جواز النظر إلى الأمة إذا لم تكن مستامة. وفيه وجهان:

إحداهما: لا يجوز؛ لعموم قوله: ﴿ولا يبدين زينتهن ... الآية﴾ [النور: ٣١] مع أنه لا حاجة تدعو إليه.

ولأن خوف الفتنة مشترك بين الحرة والأمة. فوجب اشتراكهما في الحرمة.

والثاني: يجوز؛ «لأن عمر رأى أمة متكممة فضربها بالدرة، وقال: يا لكاع! تتشبهين بالحرائر» (٢).

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٧١) ٣: ٤٧٤ كتاب الرضاع، باب ما جاء في كراهية الدخول على المغيبات.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٢٦٩) طبعة إحياء التراث.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦٢٣٥) ٢: ٤١ كتاب الصلوات، في الأمة تصلي بغير خمار.." [1]

---

(١) الممتع ٣/٥٣٤

"قال: (وللعبد النظر إليهما من مولاته).

أما كون العبد له النظر إلى مولاته؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ [النور: ٣١].

وروت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدي. فلتحتجب منه» (١). رواه أبو داود والترمذي وصححه.

مفهومه عدم احتجابها قبل ذلك.

وعن أنس «أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى فاطمة بعبد قد وهبه لها، وعلى فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها لم يبلغ رجلها، وإذا غطت به رجلها لم يبلغ رأسها. فلما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تلقى. قال: إنه ليس عليك بأس. إنما هو أبوك وغلامك» (٢). رواه أبو داود.

وأما كونه له النظر إلى وجهها وكفها وهو المراد بقوله: إليهما؛ فلأن الحاجة تدعو إلى ذلك.

فإن قيل: حديث أنس يدل على أنه له النظر إلى رأسها ورجلها.

قيل: ذكر المصنف في الكافي أن له النظر إلى ما يظهر منها غالبا. فيكون فيه الخلاف الذي في الخاطب (٣).

ووجهه ما ذكر من الحديث أو الحاجة.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٢٨) ٤: ٢١ كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦١) ٣: ٥٦٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٢٠) ٢: ٨٤٢ كتاب العتق، باب المكاتب.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤١٠٦) ٤: ٦٢ كتاب اللباس، باب في العبد ينظر إلى شعر مولاته.

(٣) ص: ٥٣٣.." [1]

"قال: (ولغير أولي الإربة من الرجال؛ كالكبير، والعنين، ونحوهما: النظر إلى ذلك. وعنه: لا يباح).

أما كون غير أولي الإربة له النظر إلى الوجه والكفين على المذهب فلقوله تعالى: ﴿أو التابعين غير أولي الإربة﴾ [النور: ٣١].

---

(١) الممتع ٥٣٦/٣

فإن قيل: ما المراد بغير أولي الإربة؟

قيل: غير أولي الحاجة.

وعن مجاهد وقتادة: «هو الذي لا إرب له في النساء». وعن ابن عباس نحوه.

وأما كونه لا يباح له ذلك على رواية؛ فلعموم الأدلة المقتضية للمنع.

قال: (وللشاهد والمبتاع النظر إلى وجه المشهود عليها، ومن تعامله. وللطبيب النظر إلى ما تدعو الحاجة إلى نظره).

أما كون الشاهد له النظر إلى وجه المشهود عليها (١) فلتقع الشهادة على عينها.

وأما كون المبتاع له النظر إلى وجه من تعامله فليعلمها بعينها حتى يرجع عليها بالدرك.

وفي ذكر المبتاع تنبيه على المؤجرة ونحو ذلك، ويؤكده قوله: ومن تعامله. وصرح به في **المغني**؛ لأن حكم الكل سواء لأن ذلك في معنى المبتاع.

وأما كون الطبيب له النظر إلى ما تدعو الحاجة إلى نظره من المتطببة أو المتطبب؛ فلأنه موضع حاجة.

وقد روي «أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعدا في بني قريظة كان يكشف عن مؤتزرهم»؛ لأنه موضع حاجة. وهذا مثله.

وعن عثمان: «أنه أتي بغلام قد سرق فقال: انظروا إلى مؤتزره. فلم يجدوه أنبت. فلم يقطعه» (٢).

---

(١) في أ: عليه.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٩٧ كتاب الحجر، باب البلوغ بالإنبات.." [1]

"فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (الثاني: رضا الزوجين. فإن لم يرضيا، أو أحدهما: لم يصح. إلا الأب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الأبكار بغير إذنهم. وعنه: لا يجوز له تزويج ابنة تسع سنين إلا بإذنها. وهل له تزويج الثيب الصغيرة؟ على وجهين. والسيد له تزويج إمائه الأبكار والثيب وعبيده الصغار بغير إذنهم. ولا يملك إجبار عبده الكبير. ويحتمل مثل ذلك في الصغير أيضا).

أما كون الثاني من شروط صحة النكاح رضا الزوجين غير ما استثني؛ فلأن العقد لهما. فاشترط رضاهما؛

---

(١) الممتع ٣/٥٣٧

كالبيع.

وأما كونهما إذا لم يرضيا أو أحدهما لا يصح غير ما استثني؛ فلأن الرضى شرط ولم يوجد.

وأما كون الأب له تزويج أولاده الصغار؛ فـ «لأن ابن عمر زوج ابنه وهو صغير. فاختصما إلى زيد فأجازاه جميعا» (١).

ولأن الأب يتصرف في ماله بغير تولية. فجاز له تزويجه؛ كابنته الصغيرة.

وأما كونه له تزويج أولادِهِ المجانين؛ فلأنهم لا قول لهم فكان لأبيهم تزويجهم كأولاده الصغار.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا أنه لا فرق بين المجنون البالغ وغير البالغ. وصرح به في **المغني**.

وقال: هو ظاهر كلام أحمد لاستوائهما في المعنى الذي جاز التزويج من أجله.

وقال القاضي: لا يجوز تزويج بالغ إلا إذا كان محتاجا بأن تظهر منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه لأنه لا مصلحة له في الزواج إلا بذلك.

---

(١) أخرجه البيهقي مختصرا في السنن الكبرى ٧: ١٤٣ كتاب النكاح، باب الأب يزوج ابنه الصغير.."
(١)

"وهذه الرواية أقوى دليلا؛ لأن في القول بها جمعا بين الآية والأخبار. وهذا ظاهر كلام المصنف في **الكافي**.

فإن قيل: لم قيد ذلك بالتسع؟

قيل: لأنها حينئذ تصير عارفة بما يضرها وينفعها فتظهر فائدة استئذانها وقد نبهت عائشة على ذلك حيث قالت: «إذا بلغت الجارية تسع سنين فهي امرأة» (١).

وروي مرفوعا إلى النبي صلى الله عليه وسلم.

ولأنها تصلح حينئذ للنكاح وتحتاج إليه. أشبهت البالغة.

قال: (وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات).

أما كون إذن الثيب الكلام فلا خلاف فيه.

ولأن الإذن في الأمر إذا ... (٢) لا يكون إلا بالكلام. فكذلك هاهنا.

وأما كون إذن البكر الصمات؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قيل له: «كيف إذنها؟ قال: أن تسكت»

---

(١) الممتع ٣/٥٥٢

(٣).

وعن عائشة أنها قالت: «يا رسول الله! البكر تستحي. قال: رضاها صمتها» (٤). متفق عليه.

وفي رواية: «واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها» (٥). رواه النسائي.

———-—-——

(١) ذكره الترمذي في جامعه ٣: ٤١٨ كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج.

وذكره البيهقي في السنن الكبرى ١: ٣٢٠ كتاب الحيض، باب السن التي وجدت المرأة حاضت فيها.

(٢) طمس في أقدر كلمة.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥٥٤.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٤) ٥: ١٩٧٤ كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٠) ٢: ١٠٣٧ كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٠) ٢: ٢٣٣ كتاب النكاح، باب في الثيب.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٦٣) ٦: ٨٥ كتاب النكاح، استئذان البكر في نفسها.." [١]

"فإن قيل: لم قيدت الولاية بكون المرأة حرة؟

قيل: لأن ولي الأمة سيدها. وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى.

وأما كون أحق الناس بذلك بعد أبيها أباه وإن علا وهو الجد؛ فلأن له إيلادا وتعصيبا. أشبه الأب.

وأما كون أحق الناس بذلك بعد الجد ابنها؛ فلأنه أولى بالميراث من غيره. فكذا في النكاح. ترك ذلك في الأب؛ لكمال شفقته، وفي الجد؛ لأن له إيلادا وتعصيبا. فيبقى فيما عداهما على مقتضاه.

وفي كونه أحق بذلك من غيره تنبيه على ثبوت ولايته. وصرح به المصنف في **المغني**.

ووجهه: ما روت أم سلمة «أنها لما انقضت عدتها أرسل إليها رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطبها. فقالت: يا رسول الله! ليس أحد من أوليائي شاهد. قال: ليس من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك. فقالت لابنها: قم يا عمر! فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم» (١). رواه النسائي.

ولأنه عدل من عصبتها. أشبه أخاها.

---

(١) الممتع ٣/٥٥٦

وأما كون أحق الناس (٢) بذلك بعد ابنها ابنه وإن نزل؛ فلما ذكر في أبيها.

وأما كون أحق الناس بعد ابنها وإن نزل أخاها لأبويها ثم لأبيها؛ فلما ذكر أيضا.

وأما كون الابن يقدم على الجد على رواية؛ فلأنه أولى بالميراث منه.

وأما كون الجد والأخ سواء على رواية؛ فلأنهما يستويان في الميراث. فيستويان في ولاية النكاح.

وأما كون الأخ من الأبوين والأخ من الأب سواء على رواية؛ فلأنهما استويا في الجهة التي تستفاد منها الولاية وهي العصوبة التي من جهة الأب. فاستويا في ولاية النكاح؛ كما لو كانا من أب.

وأما قرابته من الأم فلا يرجح بها هنا؛ لأنها لا مدخل لها في النكاح.

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٣٢٥٤) ٦: ٨١ كتاب النكاح، انكاح الابن أمه.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.." [١]

"فإن قيل: ما الصحيح من الروايتين؟

قيل: صحح صاحب الخلاصة التسوية.

وقال المصنف في **المغني**: هو المنصوص.

ووجهه ما ذكر.

وظاهر كلامه رحمه الله تعالى هنا ترجيح الأخ للأبوين. وصرح به في **المغني**. ونقض عدم الترجيح بما لا مدخل له في الميراث بالولاء من حيث إنه يقدم الأخ للأبوين على الأخ للأب. مع أن النساء لا مدخل لهن في الولاء.

وأما كون أحق الناس بذلك بعد الأخ الإخوة وإن سفلوا ثم العم ثم ابنه ثم الأقرب فالأقرب من العصبات على ترتيب الميراث؛ فلأنهم كذلك في الميراث. فكذلك في الولاية؛ لأن الولاية مبناها على النظر والشفقة وذلك يعتبر بمظنته وهي القرابة. فمتى كان الإنسان أحق بالميراث فهو أحق بالولاية. ولا يلزم عليه الأب لما تقدم من معاوضة كمال شفقته لذلك.

وأما كون أحق الناس بذلك بعد العصبات المولى المنعم ثم عصباته من بعده الأقرب فالأقرب؛ فلأنهم أولى الناس بميراثه.

وفي قول المصنف رحمه الله تعالى: بعد المولى المنعم ثم عصباته الأقرب فالأقرب؛ تنبيه على كون ابن

---

(١) الممتع ٣/٥٦١

المولى المنعم أحق من أبيه بخلاف النسب. وهو صحيح. صرح به المصنف وغيره.
ووجهه: أن مقتضى الدليل تقديم الابن على الأب لتقديمه عليه في الميراث. ترك العمل به في السبب لرجحان الأب عليه بكمال الشفقة المعتمدة على القرابة، وذلك منتف هاهنا لعدم القرابة المرجحة.
وأما كون أحق الناس بذلك بعد المولى المنعم وعصباته السلطان؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «فالسلطان ولي من لا ولي له» (١).

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٣) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح، باب في الولي.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٢) ٣: ٤٠٧ كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٩) ١: ٦٠٥ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٤١٧) ٦: ٦٦.." [١]

"وأما كونه يشترط فيه اتفاق الدين. ومعناه: أن يكون مسلما كالزوجة المسلمة، أو كافرا كالزوجة الكافرة؛ فلأن الكافر لا ولاية له على المسلمة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة: ٧١].
قال ابن المنذر: أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا.
قال الإمام أحمد: بلغنا «أن عليا أجاز نكاح الأخ ورد نكاح أب وكان نصرانيا».
والمسلم لا ولاية له على كافرة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾ [الأنفال: ٧٣].
وأما كونه يشترط فيه العقل فلا خلاف فيه؛ لأن الولاية إنما تثبت نظرا للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه. فغيره أولى.
ولا فرق بين من لا عقل له لصغر؛ كالطفل، وبين من ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند (١)؛ لاشتراك الكل في العدم. فأما المغمى عليه والذي يجن في بعض الأوقات فلا تزول ولايتهما: أما المغمى عليه؛ فلأن مدته يسيرة. أشبه النوم. ولذلك لا تثبت الولاية عليه وتجوز على الأنبياء عليهم السلام.
وأما من يجن في بعض الأوقات؛ فلأنه لا يستمر زوال عقله. أشبه المغمى عليه.
وأما كونه يشترط بلوغه على رواية؛ فلأن الولاية يعتبر لها كمال الحال، ومن لم يبلغ قاصر لثبوت الولاية عليه.

---

(١) الممتع ٣/٥٦٢

وأما كونه لا يشترط على رواية؛ فلأنه إذا بلغ عشرا تصح وصيته وطلاقه وتثبت له الولاية كالبالغ.

قال المصنف في **المغني**: والأول اختيار أبي بكر وهو الصحيح.

وأما كونه يشترط عدالته على رواية؛ فلما روى ابن عباس أنه قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد» (٢).

---

(١) الفند: ضعف الرأي من الهرم. المصباح. مادة فند.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٢٦ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين.

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٥٩١٧) ٣: ٤٤١ كتاب النكاح، من قال: لا نكاح إلا بولي أو سلطان.

ولفظه: «لا نكاح إلا بولي أو سلطان مرشد».." [١]

"والحديث لا حجة فيه؛ لأنه قال: «ولي من لا ولي له» وهذه لها ولي. ثم يمكن حمله على ما إذا عضل الكل. ويؤيده قوله: «فإن اشتجروا»؛ لأنه ضمير جمع.

والفرق بين الولاية والدين من وجوه:

أحدها: أن الولاية حق للولي، والدين حق عليه.

وثانيها: أن الولاية تنتقل عنه لعارض من فسق أو جنون أو موت، والدين لا ينتقل.

وثالثها: أن الولاية يعتبر في بقائها العدالة وقد زالت بالعضل، والدين لا يعتبر في بقائه ذلك.

قال: (وإن غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد. وهي: ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة في ظاهر كلامه. وقال الخرقي: ما لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه. وقال القاضي: ما لا تقطعه القافلة في السنة إلا مرة. وعن أحمد: إذا كان الأب (١) بعيد السفر زوج الأبعد فيحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصلاة).

أما كون الأبعد يزوج إذا غاب الأقرب غيبة منقطعة؛ فلأن الأقرب تعذر التزويج منه. فوجب أن ينتقل إلى من يليه؛ كما لو جن أو مات.

وأما كون الغيبة المنقطعة هي ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة في ظاهر كلام الإمام أحمد؛ فلأن التحديدات توقيفية، ولا توقيف في هذه المسألة. فوجب الرد إلى ما يتعارف الناس. وهو ما ذكر.

قال المصنف في **المغني**: هذا أقرب الأقوال إلى الصواب. ونسبه إلى أبي بكر.

وأما كونها ما لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه في قول الخرقي؛ فلأن مثل هذا متعذر مراجعته. فتكون منقطعة.

---

(١) الممتع ٣/٥٦٤

وأما كونها ما لا تقطعه القافلة في السنة إلا مرة في قول القاضي؛ فلأن الكفء ينتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها. فيلحق الضرر بترك تزويجها.

---

(١) زيادة من المقنع.." [١]

"فصل [الشرط الرابع]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (الرابع: الشهادة. فلا ينعقد إلا بشاهدين عدلين ذكرين بالغين عاقلين وإن كانا ضريرين. وعنه: ينعقد بحضور فاسقين، ورجل وامرأتين، ومراهقين عاقلين).

أما كون الرابع من شروط النكاح: الشهادة؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل» (١). رواه الخلال بإسناده.

وعن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا بد في النكاح من أربعة: الولي، والزوج، والشاهدان» (٢). رواه الدارقطني.

ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد. فاشترطت الشهادة فيه؛ لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه. بخلاف البيع.

وأما كونه لا ينعقد إلا بشاهدين عدلين على المذهب فلقوله: «وشاهدي عدل» (٣).

ولأن النكاح لا يثبت بشهادة فاسقين. فلم ينعقد بحضورهما؛ كالمجنونين.

وأما كونه ينعقد بحضور فاسقين على رواية؛ فلأنه ينعقد بالشهادة على رواية. فلأن ينعقد بحضور فاسقين على رواية بطريق الأولى.

ولأن الشهادة على النكاح تحمل. فصحت من الفاسق؛ كسائر التحملات.

قال المصنف في **المغني**: وعلى كلتي الروايتين لا تعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بحضور مستوري الحال؛ لأن النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٦٥.

---

(١) الممتع ٣/٥٦٦

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩) ٣: ٢٢٤ كتاب النكاح.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥٦٥.." [1]

"ولأن التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء، والموت يبطل المنافع، والرضاع إنما حرم من أجل إنبات اللحم وهو حاصل من لبن الميتة.

وأما كونه يثبت بوطء الصغيرة على وجه؛ فلأنه وطء لآدمية حرة في القبل. أشبه وطء الكبيرة.

وأما كونه لا يثبت به على وجه؛ فلأنه ليس بسبب للبضعية.

قال: (وإن باشر امرأة أو نظر إلى فرجها أو خلا بها لشهوة فعلى روايتين).

أما كون تحريم المصاهرة يثبت بمباشرة امرأة لشهوة كتقبيل ومس ونحوه على رواية؛ فلأنه نوع استمتاع. فتعلق به تحريم المصاهرة؛ كالوطء في الفرج.

وأما كونه لا يثبت بها على رواية؛ فلأنها مباشرة لا توجب الغسل. فلم يثبت التحريم؛ كالمباشرة لغير شهوة. ولأن التحريم إما بنص أو إجماع أو قياس، والكل مفقود هنا.

فإن قيل: تقييد المصنف ما ذكر بالمرأة: مشعر بأن من لا تكون امرأة كالمراهقة والطفلة ليست كذلك.

قيل: قال في **المغني**: الخلاف في اللمس والنظر فيمن بلغت سنا يمكن الاستمتاع منها كابنة تسع فما زاد. فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك. ثم قال: وقد روي عن أحمد في بنت سبع إذا قبلها حرمت عليه أمها. ثم قال: قال (١) القاضي: هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة.

فإن قيل: النظر إلى الفرج مقيد في كلام المصنف رحمه الله تعالى بالشهوة ومطلق في الحديث.

قيل: لا بد من تقييده بذلك؛ لأن المباشرة لغير شهوة لا يثبت بها التحريم. فالنظر بطريق الأولى.

وتقييد المصنف النظر بكونه إلى فرجها: مشعر بأن النظر إلى سائر بدنها لشهوة لا يثبت به التحريم رواية واحدة.

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.." [2]

"وقال في **المغني**: وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر الحرمة. ثم قال: والصحيح خلاف ذلك فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق. ثم قال: ولا خلاف نعلمه في أن النظر إذا وقع من غير شهوة

---

(١) الممتع ٣/٥٧٤

(٢) الممتع ٣/٥٨٨

لا ينشر حرمة؛ لأن اللمس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان لغير شهوة فالنظر أولى.

وأما كون التحريم يثبت بالنظر إلى فرجها لشهوة على رواية؛ فلما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من نظر إلى فرج امرأة: لم تحل له أمها وبنتها» (١)، وفي لفظ: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وبنتها» (٢).

وأما كونه لا يثبت به على رواية؛ فلعموم قوله: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤].

ولأنه نظر. فلم يوجب التحريم؛ كالنظر إلى الوجه.

والخبر ضعيف قاله الدارقطني. وقيل: هو موقوف على ابن مسعود. ثم يمكن حمله على الوطء بطريق الكتابة.

وأما كون التحريم يثبت بالخلوة لشهوة على رواية؛ فلأنها تكمل الصداق. فنشرت الحرمة؛ كالوطء.

وأما كونه لا يثبت بها على رواية؛ فلأن في ذلك مخالفة لقوله تعالى: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء: ٢٣].

ولأنها غير منصوص على التحريم بها. فتحل من وجدت فيها؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٢٢٩) ٣: ٤٦٩ كتاب النكاح، الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته ما حال امرأته؟ عن أبي هانئ.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٢٢٨) ٣: ٤٦٩ كتاب النكاح، الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته ما حال امرأته؟

وأخرجه الدارقطني في سننه (٩٢) ٣: ٢٦٨ كتاب النكاح، باب المهر.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٧٠ كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال. كلهم رووه موقوفا على ابن مسعود.." [1]

"ولأنه إذا جاز شراء الأخت على أختها وشراء المرأة على عمتها وشراؤها على خالتها. فلأن يجوز شراؤهما في عقد واحد بطريق الأولى.

وأما كونه إذا وطئ إحداهما لا تحل له الأخرى حتى يحرم على نفسه الأولى بما تقدم ذكره؛ فلأن بوطئه

---

(١) الممتع ٥٨٩/٣

لها يحصل الجمع المحرم.

وكلام المصنف مشعر بأمرين:

أحدهما: أنه إذا اشتراهن جملة واحدة فله وطء إحداهن؛ لأنه لا يحصل به الجمع. فلم يحرم؛ كما لو كانت في ملكه وحدها.

وذكر أبو الخطاب أنه لا يجوز؛ لأنه لا مزية لأحدهن على الأخرى.

وثانيهما: أن كل من حرم وطؤها لما تقدم ذكره تحل له إذا أخرج الأولى عن ملكه أو زوجها؛ لأن المحذور الذي هو الجمع يزول بذلك.

واشترط المصنف رحمه الله تعالى مع ذلك: أن يعلم أنها ليست حاملا؛ لأنها إذا كانت حاملا لم يجز وطء الأخرى؛ لأنه يكون جامعا ماءه في رحم بنتين يحرم الجمع بينهما. أشبه ما لو تزوج إحداهما في عدة الأخرى.

ولقائل أن يقول: لا حاجة إلى هذا الشرط؛ لأن شرط الإباحة أحد أمرين: إما إخراج عن ملكه، وإما تزويج. وكلاهما لا يصح إلا بعد العلم بأن الموطوءة غير حامل.

ويمكن الجواب عنه بأن في البيع رواية أنه لا يجوز من غير استبراء. وعلى القول بالمنع فإن من صور الإخراج عن الملك: العتق، ولا يشترط فيه العلم بأنها ليست حاملا.

فإن قيل: ينفي إرادة العتق قوله: فإن عادت إلى ملكه إذ المعتقة لا تعود إلى ملك السيد.

قيل: يحمل قوله: فإن عادت على بعض الصور كالمبيعة والموهوبة ونحو ذلك.

وفي اشتراط المصنف الإخراج عن ملكه أو التزويج إشعار بأن الموطوءة لو حرمها سيدها أو حرم وطئها بسبب غير ذلك لم تحل له الأخرى. وهو صحيح. وقد صرح في **المغني** بأنه لو حرمها لم تبح له الأخرى لأن تحريمه إما لا يحرم أو يحرم." (١)

"تحريما ترفعه الكفارة. وكذلك لو رهنها لم تحل له الأخرى؛ لأن المنع من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ولهذا يحل له بإذنه في وطئها.

ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها إليه.

فإن قيل: فلو كاتبها.

قيل: لا تحل له الأخرى؛ لأن الكتابة لا تزيل الملك قبل الأداء.

---

(١) الممتع ٣/٥٩٤

وأما كونه إذا عادت إلى ملكه لا يصيب واحدة منهما حتى يحرم الأخرى؛ فلأن الثانية صارت فراشا وقد رجعت إليه التي كانت فراشا. فحرمت كل واحدة منهما بكون الأخرى فراشا؛ كما لو انفردت به.
ولأنه مختلف في حرمته. فلا أقل من الكراهة.
قال: (وإن وطئ أمته ثم تزوج أختها لم يصح عند أبي بكر وظاهر كلام الإمام أحمد أنه يصح ولا يطؤها حتى يحرم الموطوءة. فإن عادت إلى ملكه لم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الأخرى).
أما كون التزوج المذكور لا يصح عند أبي بكر؛ فلأن ذلك يصير المتزوج بها فراشا. فلم يجز؛ كالوطء.
ولأنه فعل في الأخت ما ينافي إباحة المفترشة. فلم يجز؛ كالوطء.
قال المصنف رحمه الله تعالى في **المغني**: قال القاضي: هو ظاهر كلام أحمد.
وأما كونه يصح على ظاهر الإمام أحمد؛ فلأنه سبب يستباح به الوطء. فجاز أن يرد على وطء الأخت ولا يبيح؛ كالشراء.
وأما كون ذلك ظاهر كلام الإمام أحمد فنقله المصنف في **المغني** عن أبي الخطاب. وقد تقدم قول القاضي أن الظاهر من كلامه عكسه.
وأما كون المتزوج لا يطأ المتزوج بها حتى يحرم الموطوءة؛ فلئلا يكون جامعا في الوطء.
فإن قيل: لا يلزم من الوطء الجمع لأنه بمجرد النكاح يجب أن تحرم المفترشة؛ لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين فإذا اجتمعا وجب التقديم للأقوى.." (١)

"والثاني: أن لفظ المشركين بإطلاقه لا يتناول أهل الكتاب. بدليل قوله: ﴿لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين﴾ [البينة: ١]، وقوله: ﴿إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين﴾ [البينة: ٦]، وقوله: ﴿لتجدن أشد الناس عداوة للذين ءامنوا اليهود والذين أشركوا﴾ [المائدة: ٨٢]، وقوله: ﴿ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين﴾ [البقرة: ١٠٥]، وسائر آي (١) القرآن تفصل بينهما.
وقيد المصنف أهل الكتاب بالحرائر؛ لأن الإماء يأتي حكمهن إن شاء الله تعالى.
وأما كون من كان أحد أبويها غير كتابي لا تحل على رواية؛ فلأنها متولدة بين من يحل ومن لا يحل. فلم يحل؛ كالسمع والبغل.
وأما كونها تحل على رواية؛ فلعموم الآية المقتضية للحل.
ولأنها كتابية تقر على دينها. أشبه من أبويها كتابيان.

---

(١) الممتع ٣/٥٩٥

وذكر المصنف في **المغني** هذا احتمالا وسوى بين من أحد أبويها غير كتابي وبين من أبواها غير كتابيين.

وأما كون من كانت من نساء بني تغلب لا تحل على رواية؛ فلأنه يروى عن علي رضي الله عنه.

ولأنهم يحتمل أنهم دخلوا في دين الكفر بعد التبديل.

وأما كونها تحل على رواية؛ فلأنها من أهل الكتاب فتدخل في عموم الآية المقتضية للحل.

ولأن بني تغلب أهل كتاب يقرون على دينهم ببذل المال. فحل نكاح نسائهم؛ كأهل الكتاب.

قال المصنف في **المغني**: هذا الصحيح عن الإمام أحمد. وهو مروي عن عمر ابن الخطاب وابن عباس.

قال الأثرم: ما علمت أحدا كرهه من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا عليا.

---

(١) في أ: لا يحل. وما أثبتناه من الشرح الكبير ٧: ٥٠٨.." [١]

"قال: (وليس للمسلم وإن كان عبدا نكاح أمة كتابية. وعنه: يجوز).

أما كون المسلم ليس له نكاح أمة كتابية وإن كان عبدا على المذهب؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿من فتياتكم المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥].

وأما كونه له ذلك على رواية؛ فلأنها تحل بملك اليمين. فحلت بالنكاح؛ كالمسلمة.

والأول ظاهر المذهب. قاله المصنف في **المغني**.

وفرق بين المسلمة والكافرة من حيث: إن نكاح المسلمة لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها؛ لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة، والكافرة تكون ملكا للكافر ويقر ملكه عليها وولدها لسيدها.

ولأنه قد اعتورها نقصان الكفر والملك. فإذا اجتمعا منعا؛ كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب منع من نكاحها.

وقول المصنف: وإن كان عبدا تنبيه على أن النقص الحاصل فيه بالرق لا يؤثر في كونه له نكاح الأمة الكتابية؛ لأن الأدلة المقتضية للمنع عامة في الحر والعبد.

ولأن ما حرم على الحر نكاحه لأجل دينه حرم على العبد؛ كالمجوسية.

قال: (ولا يحل لحر مسلم نكاح أمة مسلمة؛ إلا أن يخاف العنت، ولا يجد طولا لنكاح حرة ولا ثمن أمة. وإن تزوجها وفيه الشرطان ثم أيسر أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الأمة؟ على روايتين).

أما كون الحر المسلم لا يحل له نكاح أمة مسلمة إذا لم يخف العنت ولا يجد ما ذكر؛ فلأن الله تعالى

---

(١) الممتع ٣/٦٠٠

قال: ﴿ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات -إلى قوله-: ذلك لمن خشي العنت منكم﴾ [النساء: ٢٥]. شرط في جواز ذلك عدم استطاعة الطول وخشية العنت.

ولأن في نكاح الأمة إرقاق ولده مع الغنى. فلم يجز؛ كما لو كان تحته حرة.

وأما كونه يحل له ذلك إذا وجد فيه الشرطان؛ فللآية المذكورة.." (١)

"فإن قيل: الآية دلت على اشتراط الطول للحرة المؤمنة فما وجه اشتراط الطول للحرة الكتابية أو ثمن الأمة؟

قيل: لأن القادر على ذلك غير خائف العنت.

ولأنه قدر على صيانة ولده عن الرق. فلم يجز له إرقاقه؛ كما لو قدر على نكاح مؤمنة.

وأما كونه إذا تزوج أمة وفيه الشرطان ثم أيسر لا يبطل نكاح الأمة على رواية؛ فلأن عدم استطاعة الطول أحد شرطي إباحة نكاح الأمة. فلم يعتبر استدامته؛ كخوف العنت.

وأما كونه يبطل على رواية؛ فلأنه إنما أبيح للحاجة. فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامة؛ كمن أبيح له أكل الميتة لضرورته فإذا وجد الحلال لم يستدمه. وذكر المصنف في **المغني** هذا وجها. وفرق بين مسألة الطول ومسألة الميتة من حيث: إن أكل الميتة بعد القدرة ابتداء للأكل. بخلاف عادم الطول فإنه إذا غير مبتدئ للنكاح وإنما هو مستديم.

وأما كونه إذا تزوج أمة ثم نكح حرة لا يبطل نكاح الأمة على رواية؛ فلأنه لا يبطله اليسار في رواية. فكذا لا يبطله نكاح الحرة.

وأما كونه يبطل على رواية؛ فلأنه يبطله اليسار في رواية فلأن يبطله نكاح الحرة بطريق الأولى.

قال: (وإن تزوج حرة أو أمة فلم تعفه ولم يجد طولا لحرة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى؟ على روايتين. قال الخرقي: وله أن ينكح من الإماء أربعا إذا كان الشرطان فيه قائمين).

أما كون من ذكر له نكاح أمة أخرى على رواية؛ فلأنه خائف العنت عادم طول حرة. أشبه من لا زوجة تحته وفيه الشرطان.

وأما كونه ليس له ذلك على رواية؛ فلأنه تحته زوجة.

---

(١) الممتع ٣/٦٠١

والأولى أولى؛ لما تقدم ذكره. ولذلك قال المصنف: قال الخرقي ... إلى آخره؛ لأن فيه تأكيدا لجوازه. وكونه تحته زوجة لا أثر له؛ لأن المعنى الذي أبيح." [١]

"ولأن شرط الزيادة في المهر والنقد المعين صحيح وفاقا، وشرط كل واحد مما بقي شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع مقصود النكاح. فكان صحيحا؛ كما لو شرط في البيع نقدا معينا.

وأما كون ذلك كله لازما إن وفى به وإلا فلها الفسخ؛ فلأنه لو شرط في البيع كون المبيع كاتبا أو صانعا أو ما أشبه ذلك كان حكمه ما ذكر. فكذا هذا.

قال: (وإن شرط لها طلاق ضرتها فقال أبو الخطاب: هو صحيح. ويحتمل أنه باطل لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكتفئ ما في صحفتها، ولتنكح، فإن لها ما قدر لها» (١». أما كون شرط ذلك صحيحا على ما قال أبو الخطاب؛ فلأن لها في ذلك نفعا. أشبه ما لو شرطت دارها. وأما كونه يحتمل أنه باطل؛ فلما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من الحديث. وهذا الاحتمال هو اختيار المصنف وقدمه في **المغني**. وقال عن قول أبي الخطاب: لم أره لغيره. وذكر ما يدل على فساده من الحديث المذكور، وما روى أبو هريرة قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تشترط المرأة طلاق أختها» (٢). رواهما البخاري.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٢٢٧) ٦: ٢٤٣٥ كتاب القدر، باب: ﴿وكان أمر الله قدرا مقدورا﴾. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٨) ٢: ١٠٢٩ كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٧) ٢: ٩٧١ كتاب الشروط، باب الشروط في الطلاق.." [٢]

"قال: (وإن تزوج أمة يظنها حرة فأصابها وولدت منه: فالولد حر، ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء، وإن كان ممن يجوز له ذلك فله الخيار. فإن رضي المقام معها فما ولدت بعد ذلك فهو رقيق).

أما كون الولد فيما ذكر حرا؛ فلأن الزوج يظنه حرا. فأثر اعتقاده في حريته؛ كما لو وطئ أمة اشتراها يظنها ملكا لبائعها فإذا هي مغصوبة.

---

(١) الممتع ٦٠٢/٣

(٢) الممتع ٦٠٨/٣

وأما كون الزوج يفدي أولاده؛ فلأن عمر وعليا وابن عباس قضوا بذلك.

وعن الإمام أحمد: لا يجب الفداء؛ لأن الولد انعقد حرا. فلم يملكه سيد الأمة فلم يجب فداؤه.

والأول أولى لقضاء الصحابة.

ولأن الولد نماء الأمة المملوكة وقد فوت رقه. فوجب فداؤه؛ لفوات رقه بفعله.

وأما كونه يفديهم بمثلهم على المذهب؛ فلما روى سعيد بن المسيب قال: «بعت جارية لرجل من العرب وانتمت إلى بعض العرب. فتزوجها رجل من بني عذرة، ثم إن سيدها دب فاستاقها واستاق ولدها. فاختصموا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقضى على العذري بفداء ولده بغيره مكان كل غلام بغلام، ومكان كل جارية بجارية».

وعن الإمام أحمد رضي الله عنه: يفديهم بقيمتهم؛ لأن الحيوان ليس بمثل.

وعنه: هو مخير بين المثل والقيمة؛ لأنهما جميعا مرويان عن عمر رضي الله عنهما.

وقال المصنف في **المغني**: الصحيح أنه يضمن بالقيمة؛ كسائر المضمونات المتقومات.

وأما كون الفداء معتبرا يوم الولادة؛ فلأن الصحابة المقدم ذكرهم قضوا بذلك.

ولأن المذكور محكوم بحريته عند الوضع. فوجب أن يضمنه حينئذ؛ لفوات رقه حينئذ.." (١)

"قال: (وخيار المعتقة على التراخي ما لم يوجد منها ما يدل على الرضا. فإن كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت وعقلت وليس لوليها الاختيار عنها).

أما كون خيار المعتقة على التراخي؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا عتقت المرأة فهي بالخيار ما لم يطأها إن شاءت فارقته» (١). رواه الإمام أحمد والأثرم.

ولأنه (٢) قول ابن عمر وأخته حفصة.

قال ابن عبدالبر: لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفا في الصحابة.

ولأن الحاجة داعية إلى ذلك. فثبت؛ كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق. أشبه خيار القصاص.

وأما كون الصغيرة والمجنونة لها الخيار إذا بلغت وعقلت؛ فلأنهما حينئذ صار لكلامهما حكم. بخلاف ما قبل ذلك.

وأما كون وليهما ليس له الاختيار عنهما؛ فلأنه خيار طريقه الشهوة. أشبه خيار القصاص.

قال: (فإن طلقت قبل اختيارها وقع الطلاق. وإن عتقت المعتدة الرجعية فلها الخيار. فإن رضيت بالمقام

---

(١) الممتع ٦١٥/٣

فهل يبطل خيارها؟ على وجهين).

أما كون الطلاق يقع إذا طلقت قبل اختيارها؛ فلأنه صادف نكاحا.

وأما كون المعتدة الرجعية لها الخيار إذا عتقت؛ فلأن نكاح الرجعية باق قبل الفسخ ولها في الفسخ فائدة؛ لأنها لا تأمن رجعته إذا لم يفسخ.

وفي تقييده المعتدة بالرجعية إشعار بأن البائن لا خيار لها. وهو صحيح صرح به في **المغني** وغيره؛ لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ولا نكاح للبائن.

وأما كون الخيار يبطل إذا رضيت بالمقام معه على وجه؛ فلأنها رضيت بالمقام مع جريانها إلى البينونة وذلك ينافي الخيار.

وأما كونه لا يبطل على وجه؛ فلأنها حالة يصح فيها اختيار المقام. فصح فيها اختيار الفسخ؛ كصلب النكاح.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٦٦٧٠) ٤: ٦٥.

(٢) في أ: لأنه.." [١]

"قال: (ومتى اختارت المعتقة الفرقة بعد الدخول فالمهر للسيد. وإن كان قبله فلا مهر. وقال أبو بكر: لسيدها نصف المهر).

أما كون المهر للسيد إذا اختارت المعتقة الفرقة بعد الدخول؛ فلأن المهر استقر بالدخول. فيكون لمالكها حينئذ.

وأما كونه لا مهر إذا اختارت الفرقة قبل الدخول على المذهب؛ فلأن الفرقة جاءت من قبلها. فسقط مهرها؛ كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعه.

وأما كون نصف المهر للسيد على قول أبي بكر؛ فلأنه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره.

وأجاب المصنف في **المغني** عن هذا بأنه وإن وجب للسيد لكن بواسطتها. وفيه نظر؛ لأن الأمة لو نكحت لم يسقط مهرها للمطاوعة كالحرة؛ لأنه حق للسيد. فلا يسقط بالبذل وفيه ما ذكر.

قال: (وإن أعتق أحد الشريكين وهو معسر فلا خيار لها، وقال أبو بكر: لها الخيار).

أما كون المعتق بعضها لا خيار لها على قول غير أبي بكر؛ فلأنه لا نص فيها ولا هي في معنى الحرة

---

(١) الممتع ٣/٦٢١

الكاملة؛ لأنها كاملة الأحكام وذلك مفقود في المعتق بعضها.

وإنما اشترط المصنف رحمه الله تعالى اعتبار المعتق في ذلك لأنه لو كان موسرا لعتق الباقي بالسراية. فيكون لها الخيار؛ كحريتها كلها.

وأما كونها لها الخيار على قول أبي بكر؛ فلأنها أكمل منه؛ لأنها ترث وتورث، وتحجب بقدر ما فيها من الحرية.

وحكى المصنف في **المغني** قول أبي بكر رواية. ونصر الأول لما تقدم. وقال: العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها.

قال: (وإن أعتق الزوجان معا فلا خيار لها. وعنه: ينفسخ نكاحهما).

أما كون المعتقة مع زوجها لا خيار لها على المذهب؛ فلأن الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ. فالمقارنة أولى؛ كإسلام الزوجين.." (١)

"وأما كون نكاحهما ينفسخ على رواية ففيه بعد، وكذلك لم يذكر المصنف لهذه دليلا في **المغني**. وحمله على ما إذا وهب عبده سرية وأذن له في التسري بها ثم أعتقهما جميعا. وذكر أن جماعة رووا ذلك عن الإمام أحمد وأن الإمام احتج على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن عبدا له كان له سريتان فأعتقهما وأعتقه فنهاه أن يقربهما إلا بنكاح جديد».

ولأنها بإعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة. فلم يبح له التسري بها؛ كالحرة الأصلية.

ثم قال: وأما إذا كانت امرأته فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك؛ لأنه إذا لم ينفسخ بإعتاقها وحدها فلئلا ينفسخ بإعتاقهما معا أولى.." (٢)

"وأما كونه لا تزول عنته بوطء غيرها على المذهب؛ فلأن حكم كل امرأة معتبر بنفسها.

ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها، وهو موجود هنا وإن وطئ غيرها.

وأما كونه يحتمل أن تزول؛ فلأن العنة خلقة وجبلة. فلا يختلف باختلاف المحل والنساء.

ولأن ذلك يروى عن سمرة وعمر بن عبدالعزيز. وهذا الاحتمال هو اختيار ابن عقيل، ومقتضى قول أبي بكر. ذكره المصنف في **المغني**.

قال: (وإن ادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء وشهد بذلك امرأة ثقة: فالقول قولها، وإلا فالقول قوله).

---

(١) الممتع ٣/٦٢٢

(٢) الممتع ٣/٦٢٣

أما كون القول قول الزوجة أنها عذراء إذا شهد بذلك امرأة ثقة؛ فلأن بكارتها أكذبت الزوج. إذ الوطء مع بقاء البكارة متعذر.

وأما كون القول قول الزوج إذا لم تشهد امرأة ثقة بذلك؛ فلأن الشاهد تكذبه البكارة وهي منتفية.

قال: (وإن كانت ثيبا فالقول قوله. وعنه: القول قولها. وقال الخرقي: يخلى معها في بيت ويقال له: أخرج ماءك على شيء. فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فإن ذاب فهو مني وبطل قولها).

أما كون القول قول الزوج على رواية؛ فلأنه لا يعلم إلا من جهته. والأصل السلامة.

وأما كون القول قول الزوجة على رواية؛ فلأن الأصل عدم الإصابة.

وأما كون الزوج يخلى معها في بيت على قول الخرقي؛ فلأن ذلك طريق إلى العلم بصدقه أو كذبه.

وأما كونه يقال له: أخرج ماءك على شيء؛ فلأن الإنزال علامة على عدم عنته؛ لأن العنين يضعف عنه. فإذا أنزل واعترف أنه مني تبين صدقه وتحقق كذبها.." [1]

"وأما كون الخارج يجعل على النار إذا ادعت أنه ليس بمني؛ فلأن ذلك طريق إلى العلم بأنه مني؛ لأن المني لا يشبه إلا بياض البيض المنتن، وذلك يحترق بجعله في النار.

وأما كونه منيا إذا ذاب؛ فلأن ذلك شأنه لا شأن ما يشبهه.

وأما كون قولها يبطل عند ذلك فلتحقق كذبها أنه ليس بمني.

فإن قيل: إذا عجز عن إخراج مائه.

قيل: القول قولها؛ لأن الظاهر معها.

فإن قيل: ما الصحيح في الخلاف المذكور؟

قيل: حكى المصنف في **المغني** إذا كانت ثيبا فالقول قوله في ظاهر المذهب وهو ظاهر كلامه هنا لأنه قدم ذلك، ودليله ما تقدم.

ولأنه يدعي سلامة العقد والأصل معه.

وقال في موضع منه أيضا: الصحيح ما قال الخرقي لدلالة الخبر والمعنى عليه. ثم قال: والصحيح أن القول قوله كما لو ادعى الوطء في الإيلاء. ثم قال: واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد يطأ ولا ينزل وقد ينزل في غير وطء. فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء. وقد يعجز السليم القادر على الوطء في

---

(١) الممتع ٣/٦٢٦

بعض الأحوال. وليس كل من عجز في حال من الأحوال أو وقت من الأوقات يكون عنينا ولذلك جعلت مدته سنة. والله أعلم.." (١)

"فصل [في العيوب المختلف فيها]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (واختلف أصحابنا في البخر. وهو: نتن الفم. وقال ابن حامد: نتن في الفرج يثور عند الوطء، واستطلاق البول، والنجو، والقروح السيالة في الفرج، والباسور، والناصور، والخصاء. وهو: قطع الخصيتين، والسل. وهو: سل البيضتين، والوجاء. وهو: رضهما، وفي كونه خنثى مشكلا، وفيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيبا به مثله، أو حدث به العيب بعد العقد: هل يثبت الخيار؟ على وجهين. وإن علم بالعيب وقت العقد، أو قال: قد رضيت به معيبا، أو وجد منه دلالة على الرضا من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب: فلا خيار له).

أما كون البخر يثبت الخيار على وجه؛ فلأنه يثير نفرة. أشبه البرص.

وأما كون البخر الذي يثبت الخيار نتن الفم على المذهب؛ فلأن النفرة تحصل بذلك.

وأما كونه نتنا في الفرج يثور عند الوطء على قول ابن حامد؛ فلأن النفرة تحصل بذلك أيضا.

قال المصنف في **المغني**: إن أراد به أن يسمى بخرا ويثبت به الخيار، وإلا فلا معنى له.

وأما كون استطلاق البول والغائط يثبت الخيار على وجه؛ فلأن النفرة تحصل به ويخشى تعدي النجاسة.

وأما كون كل واحد من القروح السيالة في الفرج، والباسور. وهو: علة تحدث في المقعدة، والناصور. وهو: علة تحدث حوالي المقعدة يثبت الخيار على وجه؛ فلأنه في معنى البخر.." (٢)

"وأما كونه عليه مهر] (١) المثل على رواية منقولة عن الإمام أحمد؛ فلأن الفسخ استبدال العقد. فصار كالعقد الفاسد.

وأما كون الزوج يرجع بذلك على من غره من المرأة أو الولي على المذهب؛ فلما روى ابن المسيب قال: قال عمر بن الخطاب: «أيما رجل تزوج بامرأة بها جنون أو جذام أو برص فلها صداقها وذلك لزوجها غرم على وليها» (٢).

ولأنه غره في النكاح بما يثبت الخيار. فكان المهر على الغار؛ كما لو غره بحرية أمة.

وقول المصنف رحمه الله تعالى: من المرأة؛ يرجع عليها لأنها غارة. أشبهت الولي.

---

(١) الممتع ٣/٦٢٧

(٢) الممتع ٣/٦٣١

وأما كونه لا يرجع على رواية؛ فلأنه يروى عن علي رضي الله عنه.

ولأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء. فلا يرجع به على غيره؛ كما لو كان المبيع معيبا فأكله.

قال المصنف في **المغني**: الصحيح أن المذهب [أنه يرجع] (٣) رواية واحدة.

قال الإمام أحمد: كنت أذهب إلى قول علي بن أبي طالب فهبته فملت إلى قول عمر: إذا تـزوجها فرأى جذاما أو مرضا فإن لها المهر لمسيسه إياها ووليها ضامن الصداق.

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) أخرجه مالك في موطئه (٩) ٢: ٤١٦ كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء.

(٣) زيادة من الشرح الكبير ٧: ٥٨٣.." [1]

"وأما كونه لا يملك منعها في وجه؛ لأن الضرر عليها. أشبه المجبوب.

والأول أصح لا شتماله على ضررها وضرر أهلها بخلاف المجبوب.

وذكر المصنف في **المغني** الخلاف المذكور في كل عيب. وحكى عن الإمام أحمد رضي الله عنه أنه قال: ما يعجبني أن يزوجها بعنين وإن رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه لأن من شأنهن النكاح ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا. ثم قال: وذلك لأن الضرر في ذلك دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا تتمكن من التخلص إذا كانت عالمة في ابتداء العقد وربما أفضى إلى الشقاق. والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فملك الولي منعها كما لو أرادت زواج من ليس (١) بكفء. والصحيح التفرقة بين الجب والعنة وبين سائر العيوب المذكورة. ولأن الجب والعنة ضرر يختص بها. بخلاف بقية العيوب. فإن ضررها متعد إلى الولد.

وأما كونه لا يملك إجبارها على الفسخ إذا علمت العيب بعد العقد أو حدث به؛ فلأن حق الولي في ابتداء العقـد لا في دوامه. بدليل أنه يملك منعها من تزوج عبد، ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ.

---

(١) في أ: ليست. وما أثبتناه من الشرح الكبير.." [2]

---

(١) الممتع ٣/٦٣٤

(٢) الممتع ٣/٦٣٦

"فصل [إذا أسلم الزوجان]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإذا أسلم الزوجان معا، أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما).

أما كون الزوجين على نكاحهما إذا أسلما معا أي دفعة واحدة؛ فلأنه لم يوجد منهما اختلاف دين.

وقد روى ابن عباس «أن رجلا جاء مسلما على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ثم جاءت امرأته (١) مسلمة بعده. فقال: يا رسول الله! إنها كانت أسلمت معي. فردها عليه» (٢).

وقول المصنف: معا؛ يدل على أنه شرط كونهما على نكاحهما بلفظهما بالإسلام دفعة واحدة. وصرح به في **المغني** لأن اختلاف الدين مفسد للنكاح وبمجرد سبق أحدهما للآخر بالإسلام يحصل الاختلاف.

ويحتمل أن يقف على المجلس لأن حكم المجلس حكم العقد. بدليل القبض ونحوه.

ولأن اتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة يتعذر. فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين إلا في الشاذ النادر.

وأما كونهما على نكاحهما إذا أسلم زوج الكتابية؛ فلأن نكاح الكتابية يجوز ابتداؤه فالاستمرار أولى.

---

(١) في أ: امرأة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٣٨) ٢: ٢٧١ أبواب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الزوجين.." [1]

"قال: (وإن أسلمت الكتابية أو أحد الزوجين غير الكتابيين قبل الدخول انفسخ النكاح. فإن كانت هي المسلمة فلا مهر لها. وإن أسلم قبلها فلها نصف المهر. وعنه: لا مهر لها).

أما كون النكاح ينفسخ إذا أسلمت الكتابية أو أحد الزوجين غير الكتابيين قبل الدخول؛ فلأن دينهما اختلف. فلم يجز استمراره؛ كابتدائه.

وأما كون الزوجة لا مهر لها إن كانت هي المسلمة؛ فلأن الفرقة حصلت من جهتها. أشبه ما لو ارتدت.

وعن الإمام أحمد رضي الله عنه لها نصف المهر ذكره المصنف في **المغني** وأبو الخطاب وغيرهما؛ لأن الفرقة حصلت من جهة الزوج بإبائه الإسلام وامتناعه منه وهي فعلت ما فرض الله عليها. أشبه ما لو علق طلاقها على الصلاة فصلت.

وفرق المصنف بين إسلامها وبين التعليق من حيث: إن التعليق من جهة الزوج بخلاف الإسلام فإنه لا أثر له فيه البتة.

---

(١) الممتع ٣/ ٦٤٠

وأما كونه لها نصف المهر على المذهب إذا أسلم قبلها؛ فلأن الفرقة حصلت من جهة الزوج. أشبه ما لو طلقها.

وأما كونها لا مهر لها على رواية؛ فلأن الفرقة حصلت بإبائه الإسلام. فكان من جهتها.

ولأن في إيجاب المهر عليه تنفيرا له عن الإسلام لأنه يجتمع عليه فسخ النكاح مع وجوب المهر.

قال: (وإن قالت: أسلم قبلي. وأنكرها: فالقول قولها. وإن قال: أسلمنا معا فنحن على النكاح وأنكرته فعلى وجهين).

أما كون القول قولها إذا قالت: أسلم قبلي وأنكرها؛ فلأنها تدعي استحقاق شيء أوجبه العقد وهو يدعي ما يسقطه. فلم يقبل قوله؛ لأن الأصل عدمه. وهذا تفريع على أنها تستحق نصف المسمى إذا سبقها بالإسلام. أما على الرواية الأخرى فلا فائدة في اختلافهما.

وأما كون القول قولها إذا قالا: أسلمنا معا فنحن على النكاح وأنكرته على وجه؛ فلأن الظاهر معها إذ يتعذر اتفاق إسلامهما دفعة واحدة.." [1]

"وأما كون من ذكر يجبر على الاختيار إذا لم يختر؛ فلأنه حق عليه يمكنه فعله وهو ممتنع منه. فأجبر عليه؛ كإيفاء الدين. بيان أنه حق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به غيلان وقيسا (١)، وأمره للوجوب. وإذا وجب عليهما وجب على من ساواهما في المعنى الذي وجب الاختيار من أجله؛ لوجود العلة.

ولقوله عليه السلام: «حكمي على الواحد حكمي على الكل» (٢).

وأما كونه عليه نفقتهن إلى أن يختار؛ فلأنهن في حبسه لأن له أن يختار من شاء منهن.

فإن قيل: هذا اختيار الحاكم كالمولي إذا امتنع من الفيئة والطلاق.

قيل: الخيار هاهنا خيار تشهي، ولا سبيل إليه إلا بمعرفة منه.

قال: (فإن طلق الجميع ثلاثا أقرع بينهن فأخرج بالقرعة أربع منهن، وله نكاح البواقي).

أما كون المطلقات بما ذكر يقرع بينهن؛ فلتمييز الزوجات اللواتي هن محل الطلاق.

وأما كون أربع منهن يخرجن بالقرعة؛ فلأن ذلك فائدة الإقراع.

وأما كون المطلق له نكاح البواقي فلأنهن لم يطلقن منه.

وشرط هذا النكاح: أن تنقضي عدة المطلقات. ذكره المصنف في **المغني**؛ لئلا يكون جامعا بين أكثر من

---

(١) الممتع ٣/٦٤١

أربع.

واشترط المصنف رحمه الله تعالى هنا في طلاق الجميع: أن يكون ثلاثا؛ لأنه لو طلقهن أقل من ذلك لكان طلاقهن رجعيا، ويقرع بينهن وبين المختارات؛ لما سبق.

---

(١) سبق ذكر حديثي غيلان وقيس قريبا.

(٢) قال الزركشي في كتابه المعتبر (ص: ١٥٧): لا يعرف بهذا اللفظ. ولكن معناه ثابت أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٩٧) ٤: ١٥١ كتاب السير، باب ما جاء في بيعة النساء. بلفظ: «إنما قولي لمائة امرأة كقولي لامراة واحدة».

وأخرجه النسائي في سننه (٤١٨١) ٧: ١٤٩ كتاب البيعة، بيعة النساء. بلفظ: «إني لا أصافح النساء إنما قولي لمائة امرأة كقولي لامرأة واحدة أو مثل قولي لامرأة واحدة».." [١]

"وأما كونه يلزمه أجرة تعليمها إذا تعلمتها من غيره؛ فلأنه لما تعذر الوفاء بالواجب وجب الرجوع إلى بدله؛ كما لو وجب لها عليه مثلي فعدم. فإنها تنتقل إلى القيمة. والتعليم بعد التعليم متعذر وبدله أجرته. فوجب الرجوع إليه.

وأما كونه إذا طلقها قبل الدخول وقبل تعليمها عليه نصف الأجرة على المذهب؛ فلأنه لما طلقها بانت منه. فتعذر تعليمها؛ لكونها أجنبية لا يأمن الفتنة. وإذا تعذر تعليمها وهي تستحق نصف الصداق لطلاقها قبل الدخول وجب الرجوع إلى نصف أجرة التعليم لما تقدم.

وأما كونه يحتمل أن يعلمها نصفها؛ فلأن ذلك موضع حاجة. أشبه سماع كلامها في المعاملات.

واشترط المصنف في **المغني**: أن يكون التعليم من وراء حجاب، ولا بد منه؛ لأن النظر إلى الأجنبية حرام.

وأما كونه يرجع عليها بنصف الأجرة إذا كان الطلاق بعد التعليم؛ فلأنه بالطلاق قبل الدخول يستحق الرجوع عليها بنصف ما أصدقها. لكن الرجوع بنصف التعليم متعذر. فوجب الرجوع في بدله وهو نصف الأجرة لما تقدم.

قال: (وإن أصدقها تعليم شيء من القرآن معين لم يصح. وعنه: يصح. ولا يحتاج إلى ذكر قراءة من. وقال أبو الخطاب: يحتاج إلى ذلك).

أما كون تعليم شيء من القرآن معين لا يصح أن يكون صداقا على المذهب؛ فلأن الفروج لا تستباح إلا

---

(١) الممتع ٣/٦٤٨

بالأموال؛ لأن الله تعالى قال: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤]، وقال: ﴿ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥]. والطول: المال.

وأما كون ذلك يصح أن يكون صداقا على رواية؛ فلما روي «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة. فقالت: إني وهبت نفسي لك. فقامت طويلا. فقال له رجل: زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة. فقال: هل عندك من شيء تصدقها؟ فقال: ما عندي إلا إزاري. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: إزارك إن أعطيتها جلست ولا إزار لك. فالتمس شيئا. قال: لا أجد شيئا. قال: التمس ولو." [1]

"قال: (وإن تزوج نساء بمهر واحد، أو خالعهن بعوض واحد: صح، ويقسم بينهن على قدر مهورهن في أحد الوجهين، وفي الآخر: يقسم بينهن بالسوية).

أما كون ما ذكر يصح؛ فلأن الغرض في الجملة معلوم. فلم يؤثر فيه جهالة ما لكل واحدة؛ كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد.

وأما كون المهر والعوض يقسم بينهن على قدر مهورهن في وجه. وهو للقاضي وابن حامد؛ فلأن الصفقة إذا وقعت على شيئين مختلفي القيمة وجب تقسيط العوض بينهما بالقيمة؛ كما لو باع شقصا وسيفا، أو كما لو باع عبدين فوجد أحدهما حرا أو مغصوبا. فكذلك هاهنا.

وأما كونه يقسم بينهن بالسوية في وجه. وهو لأبي بكر؛ فلأنه أضافه إليهن إضافة واحدة. فكان بينهن بالسوية؛ كما لو وهبه لهن، أو أقر لهن، وكما لو اشترى جماعة ثوبا بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة فإن الثمن بينهم بالسوية وإن اختلفت رؤوس الأموال.

ولأن القول بتقسيطه يفضي إلى جهالة العوض لكل واحدة منهن وذلك يفسده.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى في **المغني** تصحيح الأول؛ لأنه أجاب عن مسألة (١) المتاجرة بالمنع. وبتقدير التسليم أن القيمة فيها واحدة. بخلاف ما ذكر. وعن الإقرار والهبة بأنه ليس فيهما قيمة. بدليل ما تقدم.

---

(١) في أ: المسألة.." [2]

---

(١) الممتع ٣/٦٥٩

(٢) الممتع ٣/٦٦١

"قال صاحب **المغني** فيه: أن القاضي يصحح المهر مجهولا ما لم تزد جهالته على جهالة مهر المثل كعبد وفرس من جنس معلوم. فلو كان دابة أو حيوانا ونحو ذلك لم يصح؛ لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط.

وأما كون الزوجة لها الوسط على قوله؛ فلأنه أقرب إلى العدل.

وأما كون الوسط السندي؛ فلأن الأعلى التركي، والأسفل الزنجي، والسندي بينهما. فيكون الوسط.

والأول أصح؛ لما ذكر.

وأما الخبر فالمراد ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا. بدليل سائر ما لا يصلح.

وأما الدية فإنها تثبت بالشرع لا بالعقد. وهي خارجة عن القياس في تقديرها، ومن وجبت عليه. فلا ينبغي أن تجعل أصلا. ثم الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته. فكيف يقاس عليه العبد المطلق؟ .

وأما كون جهالة المطلق أقل من جهالة مهر المثل فممنوع؛ لأن العادة في القبائل والقرى أن (١) يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالثيوبة والبكارة. فيكون إذا معلوما.

قال: (وإن أصدقها عبدا من عبيده لم يصح. ذكره أبو بكر. وروي عن أحمد: أنه يصح، ولها أحدهم بالقرعة. وكذلك يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه، أو قميصا من قمصانه ونحوه).

أما كون الصداق لا يصح أن يكون عبدا من عبيده على ما ذكره أبو بكر؛ فلأنه مجهول. فلم يصح؛ كما لو باعه عبدا من عبيده.

وأما كونه يصح على رواية؛ فلأن الجهالة يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة.

وأما كون الزوجة لها أحدهم بالقرعة؛ فلأنه إذا صح أن يكون صداقا استحقت واحدا غير معين. فشرعت له القرعة مميزة؛ كما لو أعتق أحد العبدين.

وأما كون بقية الصور يخرج فيها كذلك؛ فلأنها في معناه.

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.." [١]

"وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى» (١).

ولأن ذلك ليس بمال، والمهر لا يكون إلا مالا؛ لقوله تعالى: ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤].

ولأن هذا لا يصح ثمنا في بيع، ولا أجرا في إجارة. فلم يصح صداقا؛ كالمنافع المحرمة.

فعلى هذا يكون لها مهر المثل؛ لما تقدم.

---

(١) الممتع ٣/٦٦٣

وأما كون ذلك يصح على رواية؛ فلأنه فعل لها فيه فائدة ونفع لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها. فصح جعل ذلك صداقا؛ كعتق أبيها وخياطة قميصها.

وأما كون الزوجة لها مهر ضرتها في قياس المذهب إذا بان طلاقها بموت؛ فلأنه سمى لها صداقا لم يصل إليه فكان لها قيمته؛ كما لو أصدقها عبدا فخرج حرا.

وقول المصنف رحمه الله تعالى: في قياس المذهب مشعر بالخلاف. وصرح به في **المغني** فقال: ويحتمل أن لها مهر مثلها؛ لأن الطلاق لا قيمة له.

قال: (وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حيا، وألفين إن كان ميتا لم يصح. نص عليه. وإن تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة، وألفين إن كان له زوجة: لم يصح في قياس التي قبلها. والمنصوص أنه يصح).

أما كون من تزوج امرأة على ألف إن كان أبوها حيا، وألفين إن كان ميتا لا يصح؛ فلأن سبيل ذلك سبيل الشرطين. فلم يصح؛ كالبيع.

ولأنه في معنى بيعتين في بيعه. فلم يصح؛ كما لو قال (٢) بعتك بعشرة نقدا أو بعشرين نسئا.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٦٦٤٧) ٢: ١٧٧.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.." (١)

"وأما كونه لا يصح إذا تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة، وألفين إن كان له زوجة في قياس التي قبلها؛ فلأنها في معناها.

وأما كونه يصح على المنصوص؛ فلأنها قد يكون لها غرض صحيح.

فإن قيل: الإمام أحمد رضي الله عنه نص على الصحة في هذه المسألة، وقد تقدم أنه نص على عدم الصحة في التي قبلها فهلا اتحدا؟

قيل: من الأصحاب من قال: يخرج فيهما روايتان:

أحدهما: الصحة فيهما؛ لأن أحد الألفين معلوم، والثاني: معلق على شرط. فإن وجد الشرط كان زيادة في الصداق، والزيادة فيه جائزة.

والثانية: الفساد فيهما؛ لما تقدم.

ومن الأصحاب من قال: بعدم الصحة في الأول، وبالصحة في الثاني لما يأتي من الفرق بينهما.

---

(١) الممتع ٣/٦٦٥

قال المصنف في **المغني**: والأول أولى، يعني القول بالفساد- فيهما. وأجاب عن القول بأن هذا تعليق على شرط: فإن هذا لا يصح لوجهين:

أحدهما: أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط. فلو قال: إن مات أبوك فقد زدتك في صداقك ألفا لم يصح ولم تلزم الزيادة عند موت الأب.

والثاني: أن الشرط هاهنا لم يتجدد في قوله: إن كان لي زوجة، أو كان أبوك ميتا. ثم قال: ويمكن الفرق بين المسألة التي نص على إبطال التسمية فيها وبين التي نص على الصحة فيها: بأن التي نص على الصحة فيها جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيه غرض يصح بذل العوض فيه وهو كون أبيها ميتا. بخلاف التي صحت التسمية فيها فإن خلو المرأة من ضرة تضر بها وتقاسمها وتضيق عليها من أكبر أغراضها. ثم قال: فعلى هذا يمنع قياس إحدى الصورتين على الأخرى، ولا يكون في كل مسألة إلا رواية واحدة.

قال: (وإذا قال العبد لسيدته: أعتقيني على أن أتزوجك فأعتقته على ذلك: عتق ولم يلزمه شيء).

أما كون العبد يعتق؛ فلأن سيدته أعتقته.." (١)

"وفي كون الزوجة لها القيمة: إشعار بأنها لا تستحق مهر المثل. وصرح به في **المغني**؛ لأنها لما رضيت بما سمي لها لم يكن لها الانتقال إلا إلى بدل ما رضيت به.

ولا بد أن يلحظ أن المغصوب لو كان مثليا كان لها مثله لا قيمته؛ كما لو استحق عليه مثل بغير الصداق.

فإن قيل: ما يصنع بالعصير وهو مثلي. بدليل ضمانه بمثله في غصبه؟

قيل: يجب حمله على عصير عدم مثله، أو يعبر هنا؛ كما عبر في باب الغصب: في أصله.

وأما كونها لها الخيار بين ما ذكر فيما إذا وجدت بذلك عيبا؛ فلأنه عوض في عقد معاوضة. فثبت الخيرة فيه بين أخذ الأرش والبدل؛ كالمبيع المعيب.." (٢)

"وفي قول المصنف: بعد قبضهما إشعار بأن الطلاق لو كان قبل القبض لم يكن الحكم كذلك. وهو صحيح؛ لأنه إذا لم يقبض الصداق لم يرجع بل يسقط عنه نصف المسمى، وبقي عليه ألف للزوجة يأخذ الأب منه ما شاء. قاله المصنف في **المغني**.

وقال القاضي: يكون بينهما نصفين. وقال: نقله مهنا عن أحمد لأنه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق إلا ما قال المصنف في **المغني**. وليس هذا القول على سبيل الإيجاب؛ فلأن للأب أن يأخذ ما

---

(١) الممتع ٣/٦٦٦

(٢) الممتع ٣/٦٦٩

يشاء ويترك ما يشاء.

وأما كون الكل لها إذا فعل ذلك غير الأب دون ذلك الغير؛ فلأن جميع ما اشترطه عوض في تزويجها. فيكون صداقا لها؛ كما لو جعله لها. وليس للغير أن يشترط من مال الغير شيئا إذا لم يكن أبا فحينئذ يقع الاشتراط لغوا ويكون الكل لها. ولا فرق بين كون الغير جدا أو غيره؛ لاستوائهما في كونهما ليس لهما الأخذ من مال الزوجة.

قال: (وللأب تزويج ابنته البكر والثيب بدون صداق مثله، وإن كرهت. وإن فعل ذلك غيره بإذنها صح، ولم يكن لغيره الاعتراض. وإن فعله بغير إذنها وجب مهر المثل. ويحتمل أن لا يلزم الزوج إلا المسمى، والباقي على الولي؛ كالوكيل في البيع).

أما كون الأب له تزويج ابنته بدون صداق مثلها؛ فلما روي: «أن عمر رضي الله عنه خطب الناس. فقال: ألا! لا تغالوا في صدق النساء. فما أصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا من نسائه ولا أحدا من بناته أكثر من ثنتي عشرة أوقية» (١). وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم فكان ذلك اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان ذلك دون مهر المثل.

وعن سعيد بن المسيب: «أنه زوج بنته بدرهمين». وهو من سادات قريش شرفا ودينا وعلما. ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٦) ٢: ٢٣٥ كتاب النكاح، باب الصداق.." [١]

"ذلك من الضرر. ترك العمل به في الأب لما تقدم. فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه. وإذا لم يكن له ذلك لغت تسميته ووجب مهر المثل؛ كالخالي عن التسمية.

وأما كونه يحتمل أن لا يلزم الزوج إلا المسمى؛ فلأنه ما التزم غيره.

فعلى هذا تكون الزيادة على الولي؛ لأنه مفرط. أشبه الوكيل في البيع.

وقال المصنف في **المغني**: قال أحمد: أخاف أن يكون ضامنا.

فعلى هذا يكون الاحتمال منقولا عن الإمام أحمد رضي الله عنه، وتجعل رواية له؛ لأنه كثيرا ما يقول: أخاف، وتجعل مذهبا له.

قال: (وإن زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح ولزم ذمة الابن. فإن كان معسرا فهل يضمنه الأب؟

---

(١) الممتع ٣/ ٦٧١

يحتمل وجهين).

أما كون الأب إذا زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل يصح؛ فلأن تصرف الأب ملحوظ فيه المصلحة لولده. فكما صح أن يزوج ابنته بدون مهر المثل للمصلحة فكذا يصح أن يزوج ابنه بأكثر من مهر المثل تحصيلا للمصلحة.

وأما كون الصداق يلزم ذمة الابن؛ فلأن العقد له. فكان بذله عليه؛ كثمن المبيع.

وأما كون الأب يضمن ذلك إذا كان الابن معسرا على وجه؛ فلأنه مباشر له غار للزوجة بابنه. أشبه الغار في النكاح.

وأما كونه لا يضمنه على وجه؛ فلأنه ناب فيه عن غيره. فلم يضمنه؛ كثمن مبيعه أو كالوكيل.

قال القاضي: هذا أصح. وذكر المصنف رحمه الله تعالى هذين الاحتمالين في **المغني** روايتين.

قال: (وللأب قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها. ولا يقبض صداق الثيب الكبيرة إلا بإذنها. وفي البكر البالغ روايتان).

أما كون الأب له قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها؛ فلأنه وليها ويملك إجبارها على النكاح وقبض سائر أموالها بغير إذنها. فكذلك قبض صداقها.." [1]

"وأما كون غير المعين كقفيز من صبرة لا يدخل في ضمانها ولا تملك التصرف فيه إلا بقبضه كالمبيع. فقد نبه المصنف رحمه الله تعالى على تعليل ذلك بقوله: كالمبيع؛ لأن الحكم في المبيع غير المعين كذلك. والجامع بين الصداق والمبيع كون كل واحد منهما عوضا في عقد معاوضة.

وذكر في **المغني**: أن الصداق إن كان مكيلا أو موزونا فهو من ضمان الزوج قبل القبض، وإن كان غيرهما ففيه وجهان بناء على المبيع. وفي هذا تنبيه على إلحاق الصداق بالمبيع.

فعلى هذا يخرج فيه أربع روايات؛ لأن في المبيع قبل القبض أربع روايات:

إحداهن: الفرق بين المعين وغيره.

والثانية: الفرق بين المكيل والموزون وغيرهما.

والثالثة: الفرق بين المطعوم وغيره.

والرابعة: كل مبيع لا يضمنه المشتري قبل قبضه.

فيخرج جميع ذلك في الصداق؛ لتحقق المشابهة بينهما.

---

(١) الممتع ٣/٦٧٣

قال: (وإن قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه إن كان باقيا ويدخل في ملكه حكما كالميراث. ويحتمل أن لا يدخل حتى يطالب به ويختار. فما ينمى قبل ذلك فهو لها).

أما كون الزوج يرجع بنصف الصداق إن كان باقيا إذا طلق قبل الدخول؛ فلأن الطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف الصداق. بدليل قوله تعالى: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧].

وأما كونه يدخل ذلك في ملكه حكما كالميراث على المذهب؛ فلأن قوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧]: يدل عليه؛ لأن التقدير: "فنصف ما فرضتم لكم أو لهن" وذلك يقتضي كينونة النصف له أو لها بمجرد الطلاق.

ولأن الطلاق سبب يملك به بغير عوض. فلم يفتقر إلى اختياره؛ كالإرث.

ولأنه سبب لنقل الملك. فنقل الملك بمجرده؛ كالبيع وسائر الأسباب.

وأما كونه يحتمل أن لا يدخل حتى يطالب به ويختار فقياس على الشفيع.." (١)

"فصل [في الإبراء من الصداق]

قال المصنف رحمه الله: (إذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه. وعنه: لا يرجع بشيء. وإن ارتدت قبل الدخول فهل يرجع عليها بجميعه؟ على روايتين).

أما كون الزوج يرجع على زوجته فيما إذا ما أبرأته من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بنصفه على المذهب؛ فلأن الطلاق قبل الدخول يقتضي الرجوع في نصف الصداق. وقد وجد ولا أثر لكونها أبرأته أو وهبته له؛ لأن ذلك حصل بعقد مستأنف. فلم يمنع استحقاق الرجوع في النصف؛ كما لو وهبته لأجنبي فوهبه الأجنبي للزوج.

وأما كونه لا يرجع على رواية؛ فلأن نصف الصداق يتعجل له.

وقال المصنف في الكافي: إن كان الصداق عينا فوهبتها لزوجها ثم طلقها قبل الدخول ففيه روايتان، وإن كان دينا أبرأته منه وقلنا: لا يرجع ثم فهاهنا أولى، وإن قلنا: يرجع ثم خرج هاهنا وجهان:

أحدهما: يرجع؛ لأنه عاد إليه بغير الطلاق. أشبه العين.

والثاني: لا يرجع؛ لأن الإبراء إسقاط وليس بتمليك.

وأما كونه يرجع عليها بجميعه إذا ارتدت بعد الإبراء والهبة ففيه روايتان إحداهما: ما تقدم.

---

(١) الممتع ٣/٦٧٩

قال: (وكل فرقة جاءت من الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته، أو من جهة أجنبي كالرضاع ونحوه قبل الدخول: يتنصف بها المهر بينهما).

أما كون المهر يتنصف بالطلاق؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة: ٢٣٧].." [١]

"وأما كونه يتنصف ببقية ما ذكره المصنف؛ فلأنها فرقة لا من جهتها. فاقتضت التنصيف المذكور؛ كما لو طلقها.

قال: (وكل فرقة جاءت من قبلها؛ كإسلامها وردتها وإرضاعها من ينفسخ به نكاحها، وفسخها لعيبه أو إعساره، وفسخه لعيبها: يسقط به مهرها ومتعتها).

أما كون ما ذكر يسقط المهر والمتعة ما خلا فسخ الزوج لعيبها؛ فلأنها أتلفت المعوض قبل التسليم. فسقط العوض؛ كما لو أتلفت المبيع قبل تسليمه.

وأما كون فسخ الزوج لعيبها يسقط به ذلك؛ فلأنه بسبب من جهتها. وقد تقدم بيانه في موضعه (١)، وتقدم أيضا أنها إذا أسلمت لا يسقط مهرها على رواية (٢)؛ لأنها فعلت ما وجب عليها. والانفساخ لأنه لم يوافقها على فعل الواجب.

قال: (وفرقة اللعان تخرج على روايتين. وفي فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها له وجهان. وفرقة الموت يستقر بها المهر كله كالدخول. ولو قتلت نفسها لاستقر مهرها كاملا).

أما كون فرقة اللعان تخرج على روايتين؛ فلأن النظر إلى كون الفسخ عقيب لعانها يقتضي أن يكون كفسخها لعيبه، والنظر إلى أن سبب اللعان القذف الصادر من الزوج يقتضي أن يكون كفسخه.

وأما كون فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها له فيها وجهان؛ فلأن النظر إلى أن الزوجة شاركت في الفسخ يقتضي أن يكون كفسخها، والنظر إلى أن الزوج شارك فيه يقتضي أن يكون كفسخه.

وذكر المصنف رحمه الله تعالى في **المغني** في شرائها له روايتين في النكاح عند قوله وفي شرائه لها وجهين مخرجين على الروايتين في شرائها له.

---

(١) الممتع ٣/٦٨٤

(١) ص: ٦٢٦.

(٢) ص: ٦٣٤.." [١]

"وأما كونهما يردان إلى مهر المثل إذا ادعى الزوج أقل منه وادعت الزوجة أكثر منه؛ فلأن ذلك فائدة قبول قول من يدعيه.

وأما كون ذلك بلا يمين عند القاضي؛ فلأنها دعوى في نكاح. أشبهت الدعوى في أصل النكاح.

وأما كون اليمين تجب عند أبي الخطاب؛ فلأنه اختلاف فيما يجوز بدله فوجب أن تجب فيه اليمين؛ كالدعاوي في سائر الأموال.

فإن قيل: ما معنى قول المصنف رحمه الله: في الأحوال كلها؟

قيل: الدعوى توافق تارة قول المرأة، وتارة قول الزوج، وتارة تدعي المرأة أكثر والرجل أقل وغير ذلك من صور الاختلاف.

وقد صرح المصنف بنفي اليمين هنا عند القاضي وإثباتها عند أبي الخطاب.

وقال في **المغني**: إذا ادعى أقل من مهر المثل وادعت أكثر منه رد إلى مهر المثل. ولم يذكر أصحابنا يمينا، والأولى أن يتحالفا. فإن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة. فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه؛ كالمنكر في سائر الدعاوي.

ولأنهما تساويا في عدم الظهور. فشرع التحالف؛ كما لو اختلف المتبايعان.

وفيما قاله في **المغني** نظر من وجهين أحدهما (١) أنه قال: ولم يذكر أصحابنا يمينا مع أنه قد صرح هنا بقول القاضي نفيا وأبي الخطاب إثباتا.

وثانيهما: أنه قال: فشرع التحالف، ومفهومه أن كل واحد منهما تجب عليه اليمين نفيا وإثباتا فيقول هو: ما أصدقتها كذا ولقد أصدقتها كذا. وتقول هي: ما أصدقني كذا وإنما أصدقني كذا، ويحققه قياس ذلك على المتبايعين، ويمكن الجواب عن الثاني بأن المعوض حلف الزوج أنه ما أصدقها الذي ادعته وحلفت الزوجة أنه ما أصدقها الذي ادعاه.

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.." [٢]

---

(١) الممتع ٣/٦٨٥

(٢) الممتع ٣/٦٨٨

"قال: (ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة والمكرهة على الزنا، ولا يجب معه أرش البكارة. ويحتمل أن يجب للمكرهة).

أما كون المهر يجب للموطوءة بشبهة والمكرهة على الزنا؛ فلأن الواطئ مستحل لفرج كل واحد منهما. فيجب لها المهر عليه؛ لقوله عليه السلام: «فلها المهر بما استحل من فرجها» (١).

فإن قيل: ما معنى قوله عليه السلام: «بما استحل من فرجها»؟

قيل: الاستحلال الفعل في غير موضع الحل. ومنه قوله عليه السلام: «ما آمن بالقرآن من استحل محارمه» (٢).

ولأن الموجب للمهر في النكاح الفاسد الوطء، وقد وجد هنا.

وفي قول المصنف رحمه الله: والمكرهة تنبيه على أن المطاوعة لا مهر لها. وصرح به في **الكافي**؛ لأنها باذلة لما يوجب البدل لها (٣). فلم يجب لها شيء؛ كما لو أذنت في قطع يدها.

فإن قيل: المطاوعة إذا كانت أمة كالحرة؟ .

قيل: لا؛ لأن المهر للسيد لا لها. فلم يسقط بذلها؛ كما لو أذنت في قطع يده.

وأما كونه لا يجب مع المهر في الصورتين المذكورتين أرش البكارة؛ فلأنه وطء ضمن بالمهر. فلم يجب معه أرش؛ كالوطء في النكاح الصحيح.

وأما كونه يحتمل أن يجب للمكرهة مع المهر الأرش المتقدم ذكره؛ فلأنه إتلاف جزء. فوجب عوضه؛ كما لو جرحها ثم وطئها.

والأول أولى؛ لما ذكر.

ولأن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء، وبدل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدوانا.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٦٧٦.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٩١٨) ٥: ١٨٠ كتاب فضائل القرآن.

(٣) زيادة من **الكافي** ٣: ٧٧.." [1]

---

(١) الممتع ٣/٧٠٠

"ولأن الأرش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل، ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها. فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية.

قال: (وإذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها فعليه أرش بكارتها. وقال القاضي: يجب مهر المثل. وإن فعل ذلك الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف المسمى).

أما كون من دفع أجنبية فأذهب بكارتها عليه أرش بكارتها على قول غير القاضي؛ فلأنه أتلف البكارة. فلزمه أرشها؛ كما لو أتلف منها جزءا لم يرد الشرع فيه بتقدير.

وأما كون مهر المثل يجب على قول القاضي؛ فلما روي «أن رجلا كانت عنده يتيمة. فخافت امرأته أن يتزوج بها. فاستعانت بنسوة ضبطنها لها فأفسدت عذرتها وقالت لزوجها: فجرت. فأخبر عليا رضي الله عنه بذلك. فأرسل إلى امرأته والنسوة. فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن. فقال للحسن بن علي: اقض فيها. فقال: الحد على من قذفها، والمهر عليها وعلى الممسكات» (١).

ولأنه إتلاف يستحق به مهر المثل في العقد. فإذا أتلفه أجنبي وجب مهر المثل؛ كمنفعة البضع.

ونسب المصنف في **المغني** قول القاضي إلى الإمام أحمد فقال فيه: قال أحمد: لها صداق نسائها. وكلامه فيه مشعر بترجيحه.

وأما كون الزوج إذا فعل ذلك ثم طلق قبل الدخول لا يكون عليه إلا نصف المسمى؛ فلأنها مطلقة قبل الدخول. فلم يستحق أكثر من نصف المسمى؛ كسائر المطلقات قبل الدخول.

ولأنه أتلف ما استحق إتلافه بالعقد. فلم يضمنه؛ كما لو أتلف عذرة أمته.

وقال في **المغني**: يتخرج أن يجب الصداق كاملا؛ لأن أحمد رضي الله عنه قال: إن فعل ذلك أجنبي عليه الصداق. ففيما يفعله الزوج أولى.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٤٦٣) ٤: ٣٠ كتاب النكاح، ما قالوا في المرأة تفسد المرأة بيدها ما عليها في ذلك؟." [١]

"وتقريره: أن ما يجب الصداق به ابتداء أحق بتقديره.

ويتخرج من كلام أحمد وجوب أرش البكارة مع نصف المسمى إن قيل الواجب على الأجنبي أرشها لا مهر المثل؛ لأنه قاسه على الأجنبي فينبغي أن يعطى حكمه من حيث الإتلاف ويعاد عليه بنصف المسمى

---

(١)<الممتع ٣/٧٠١

لكونه مطلقا قبل الدخول.

قال: (وللمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها. فإن تبرعت بتسليم نفسها ثم أرادت المنع فهل لها ذلك؟ على وجهين).

أما كون المرأة لها منع نفسها حتى تقبض مهرها؛ فلأن في إجبارها على تسليم نفسها أولا خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق. فلا يمكن الرجوع في البضع. وبه يظهر الفرق بين النكاح وبين البيع؛ لأن البائع إذا سلم المبيع أولا فبتقدير تعذر الثمن يمكنه فسخ البيع والرجوع في عين المبيع.

ويشترط في المنع المذكور: أن يكون الصداق حالا فإن كان مؤجلا لم يملك المنع؛ لأن رضاها بتأجيله رضى منها بتسليم نفسها قبل قبضه. دليله تأجيل ال‌ثمن.

ولا فرق بين حلوله بعد تأجيله وبين عدم حلوله. صرح به في **المغني**؛ لأن التسليم قد وجب عليها فاستقر قبل قبضه. فلم يكن لها أن تمتنع منه.

وأما كونها إذا تبرعت بتسليم نفسها ثم أرادت المنع لها ذلك على وجه وهو لابن حامد؛ فلأنه تسليم يوجبه عليها العقد. فكان لها أن تمتنع منه قبل قبض صداقها؛ كما لو لم تتبرع بتسليم نفسها.

وأما كونها ليس لها ذلك على وجه وهو لابن بطة وابن شاقلا؛ فلأن التسليم استقر به العوض برضى المسلم. فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك؛ كما لو سلم البائع المبيع.

وفي هذا تنبيه على الفرق بين المتبرع بالتسليم وعدمه. وهو قادح في صحة القياس المذكور قبل.

وفي قول المصنف رحمه الله تعالى: تبرعت بتسليم نفسها: إشعار بأنها لو أكرهت على التسليم كان لها الامتناع بعد ذلك. وصرح به الشيخ في **المغني**. وقاسه على المبيع المكره بائعه على تسليمه.." [١]

"باب الوليمة

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وهي: اسم لدعوة العرس خاصة. وهي مستحبة).

أما قول المصنف رحمه الله تعالى: وهي اسم لدعوة العرس خاصة: فبيان لمعنى الوليمة لغة.

قال ثعلب وغيره من أهل اللغة: الوليمة اسم للطعام في العرس خاصة. لا تقع على غيره.

وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم: الوليمة تقع على كل طعام لسرور حادث؛ إلا أن استعمالها في العرس أكثر.

قال المصنف في **المغني**: وقول أهل اللغة أقوى؛ لأنهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعات اللغة.

---

(١) الممتع ٣/٧٠٢

فإن قيل: أسماء بقية الدعوات ما هي؟

قيل: دعوة الختان تسمى العذيرة والأعذار، ودعوة الولادة تسمى الخرس والخرسة، ودعوة البناء تسمى الوكيرة، ودعوة القدوم من الغيبة تسمى النقيعة. قال الشاعر:

كل الطعام تشتهي ربيعة ... الخرس والأعذار والنقيعة

ودعوة الصبي إذا حذق تسمى الحذاق. ويعم الكل المأدبة؛ لأنها اسم لكل دعوة لها سبب أو لا سبب لها. وصاحبها يسمى الآدب. قال الشاعر:

نحن في المشتاة ندعو الجفلى ... لا ترى الآدب فينا ينتقر

الجفلى: الدعوة العامة. والنقرى: الدعوة الخاصة.." (١)

"قال: (والإجابة إليها واجبة إذا عينه الداعي المسلم في اليوم الأول. فإن دعاه الجفلى؛ كقوله: يا أيها الناس! تعالوا إلى الطعام، أو دعاه فيما بعد اليوم الأول، أو دعاه ذمي: لم تجب الإجابة).

أما كون الإجابة إلى وليمة العرس واجبة في الجملة؛ فلأن ابن عمر روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا دعي أحدكم إلى وليمة فليأتها» (١). وفي لفظ: «أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم إليها» (٢).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه: «شر الطعام طعام الوليمة يدعى إليها الأغنياء ويترك الفقراء. ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله» (٣).

[قال: (وسائر الدعوات والإجابة إليها مستحبة غير واجبة. وإذا حضر وهو صائم صوما واجبا لم يفطر، وإن كان نفلا أو كان مفطرا استحب الأكل. وإن أحب دعا وانصرف).

أما كون سائر الدعوات والإجابة إليها غير واجبة؛ فلما روي عن عثمان بن أبي العاص: «أنه دعي إلى ختان فأبى أن يجيب. وقال: إنا كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم» (٤). رواه الإمام أحمد.

وما كونها تستحب فلقوله عليه السلام: «إذا دعي أحدكم فليجب عرسا كان أو غير عرس» (٥). رواه أبو داود.

ولأن فيه جبر قلب الداعي وتطييبه.

وأما كونه إذا حضر وهو صائم صوما واجبا لا يفطر؛ فلأن] (٦) الأكل غير واجب لما يأتي. فلا يترك واجبا لأجل مستحب.

---

(١) الممتع ٣/٧٠٤

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧٨) ٥: ١٩٨٤ كتاب النكاح، باب حق إجابة الوليمة والدعوة ...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٩) ٢: ١٠٥٢ كتاب النكاح، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة.
(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٨٤) ٥: ١٩٨٥ كتاب النكاح، باب إجابة الداعي في العرس ونحوه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٩) ٢: ١٠٥٣، الموضع السابق.
(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٢) ٢: ١٠٥٤، الموضع السابق.
(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٧٩٣٨) ٤: ٢١٧.
(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٧٣٨) ٣: ٣٣٩ كتاب الأطعمة، باب: ما جاء في إجابة الدعوة.
(٦) ساقط من أ. وقد تم استدراك المتن من المقنع. والباقي من **الكافي** ٣: ٨٠ - ٨١.." [(١)]

"وأما كونه يجيب أقربهما جوارا مع تساويهما في الدعوة والدين؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما بابا فإن أقربهما بابا أقربهما جوارا» (١) رواه أبو داود.

وعن عائشة قالت: «قلت: يا رسول الله! إن لي جارين. فإلى أيهما أهدي؟ قال: إلى أقربهما منك بابا» (٢) رواه البخاري.

فإن قيل: فإن كان أحدهما أقرب والآخر أدين.

قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا أنه يجيب الأدين؛ لأن الدين درجة رفيعة فكيف بالأدين.

وقال في **المغني**: يقدم أقربهما منه بابا فإن استويا فأدينهما. وظاهره أنه يجيب الجار الأقرب دون غيره وإن كان أدين منه؛ لأن القرب في الجوار مأخوذ من الحديث، والكثرة في الدين مأخوذة من الأصول.

قال: (وإن علم أن في الدعوة منكرا كالزمر والخمر وأمكنه الإنكار حضر وأنكر، وإلا لم يحضر).

أما كون من ذكر يحضر وينكر إذا أمكنه الإنكار؛ فلأن فيه تحصيل فرضين فرض الإجابة وفرض إزالة المنكر.

وأما كونه لا يحضر إذا لم يمكنه الإنكار؛ فلأن عليه ضررا في الحضور.

ولأنه يحرم عليه مشاهدة المنكر مع إمكان عدم مشاهدته؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر» (٣). رواه أبو حفص.

---

(١) الممتع ٣/٧٠٦

ولأنه يشاهد المنكر من غير حاجة إليه. فمنع منه؛ كما لو شاهده مع القدرة على إزالته.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٧٥٦) ٣: ٣٤٤ كتاب الأطعمة، باب إذا اجتمع داعيان أيهما أحق.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٥٥) ٢: ٩١٦ كتاب الهبة وفضلها، باب بمن يبدأ بالهدية.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٨٠١) ٥: ١١٣ كتاب الأدب، باب ما جاء في دخول الحمام.، عن جابر بن عبدالله.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٢٥) ١: ٢٠ عن عمر.." [(١)]

"وقول المصنف رحمه الله: لم يجلس: ظاهره أنه ممنوع من الجلوس. ودليله ظاهر؛ لأن الستر المتقدم منكر لما تقدم. فيحرم على المشاهد له الجلوس؛ لما تقدم.

وقال في **المغني**: أما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم. وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعي بإسقاط حرمته لاتخاذه المنكر في داره. فلا يجب على من رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه فإنه قال في رواية الفضل بن زياد: إذا رأى صورا على الستر لم يكن رآها حين دخل قال: هو أسهل من أن يكون على الجدار.

قيل له: فإن لم يره إلا عند وضع الخوان أيخرج؟ قال: لا تضيق علينا. ولكن إذا رأى هذا وبخهم ونهاهم. يعني لا يخرج. هذا لفظه. واحتج على ذلك بـ «أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة فرأى فيها صورة إبراهيم وإسماعيل» (١).

وبأن عليا دخل ومعه جماعة من المسلمين الكنيسة لما عمل النصارى طعاما لعمر حين قدم الشام فجعل علي ينظر إلى الصور.

وبأن دخول البيع والكنائس غير حرام وفيها الصور. فكذلك المنازل.

فإن قيل: فقد جاء في الحديث: «أن الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة» (٢). وذلك مشعر بالتحريم.

ولأنه لو لم يكن محرما لما جاز ترك الإجابة الواجبة من أجله.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٢٧) ٢: ٢١٤ أول كتاب المناسك، باب في دخول الكعبة.

(٢) عن أبي طلحة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا صورة».

---

(١) الممتع ٣/٧٠٩

أخرجه البخاري في صحيحه (٣١٤٤) ٣: ١٢٠٦ كتاب بدء الخلق، باب إذا وقع الذباب في شراب أحدكم فليغمسه ...

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢١٠٦) ٣: ١٦٦٥ كتاب اللباس والزينة، باب تحريم تصوير صورة الحيوان ...." (١)

"قيل: أما عدم دخول الملائكة فلا يوجب تحريم الدخول عليها. بدليل أنها لا تدخل بيتا فيه كلب. ولا يحرم علينا دخوله، وأنها لا تصحب رفقة فيها جرس. ولا يحرم علينا صحبتهم.

وأما ترك الإجابة الواجبة من أجله فقد تقدم أن ذلك إنما كان عقوبة للداعي لاتخاذه المنكر في داره.

ولأن فيه زجرا له عن فعله.

وفيما ذكره المصنف رحمه الله تعالى في **المغني** نظر؛ لأن التصوير في الحائط أو الستر إذا كان محرما فأي فرق بين مشاهدة ذلك وبين مشاهدة الخمر ونحوه؟ . وما ذكر من جواز دخول النبي صلى الله عليه وسلم الكعبة وفيها صورة إبراهيم وإسماعيل، ودخول علي والمسلمين بيعة النصارى. فيمكن الفرق بينه وبين الدار المصورة والستر المعلق المصور من حيث إن صاحب الدار معتقد حرمة ذلك ملتزم بحكم شرعنا المحرم له. بخلاف الكنائس والبيع فإن أصحابها معتقدون حل ذلك غير ملتزمين بحكم شرعنا. وهم مقرون على ذلك؛ لأنهم مقرون على كفرهم؛ فلأن يقروا على ذلك بطريق الأولى.

وأما كونه يجلس إذا أزيلت الستور المتقدم ذكرها؛ فلأن المحرم للجلوس مشاهدة ذلك. فوجب أن ينتفي عند انتفائه.

وأما كونه لا بأس بالستور المتقدم ذكرها إذا كانت مبسوطة؛ فلأن فيه إهانة لها وابتذالا.

ولأن تحريم تعليقها إنما كان لما فيه من التعظيم والإعزاز والتشبه بالأصنام التي تعبد وتتخذ آلهة. وكل ذلك مفقود في البسط.

وأما كونه لا بأس بها إذا كانت على وسادة؛ فلأن عائشة قالت: «فجعلت منه -يعني من النمط الذي فيه تصاوير- منتبذتين. كأني أنظر إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم متكئا على أحدهما» (١). رواه ابن عبدالبر.

وفي حديث أبي هريرة المتقدم ذكره: «أن جبريل قال للنبي صلى الله عليه وسلم: مر بالستر فلتقطع منه وسادتان منبوذتان يوطآن. ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم» (٢).

---

(١) الممتع ٣/٧١١

(١) سبق تخريجه ص: ٧١٠.

(٢) سبق تخريج حديث أبي هريرة ص: ٧١٠.." [1]

"ولأن في ذلك إهانة. أشبه البسط.

فإن قيل: الكلام في الجلوس لدعوة العرس فما بال المصنف لم يتعرض له في بسط ما فيه صورة حيوان وجعله على وسادة؟

قيل: قد تقدم أن المبيح لعدم الجلوس فعل صاحب الدعوة المحرم في داره فإذا تبين أن فعل ذلك ليس بمحرم علم انتفاء المبيح. فيفهم منه الجلوس؛ لانتفاء المبيح لعدمه.

قال: (وإن ستر الحيطان بستور لا صور فيها أو فيها صور غير الحيوان فهل تباح؟ على روايتين).

أما كون ما ذكر لا يباح على رواية؛ فلأن ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه نهى أن تستر الجدر» (١) رواه الخلال.

وعن عبدالله: «أن أبا أيوب قال له: يا عبدالله! تسترون الجدر؟ لا أطعم لكم طعاما ولا أدخل لكم بيتا» (٢). رواه الأثرم.

وعن عبدالله بن يزيد الخطمي «أنه دعي إلى طعام. فرأى البيت منجدا. فقعد خارجا وبكى. فقيل: ما يبكيك؟ فقال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا قد رقع بردة له بقطعة أدم. فقال: تطالعت عليكم الدنيا -ثلاثا-. فقال: أنتم اليوم خير أم إذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى، ويغدو أحدكم في حلة ويروح في أخرى، وتسترون بيوتكم؛ كما تستر الكعبة. قال عبدالله: أفلا أبكي وقد بقيت حتى رأيتكم تسترون بيوتكم؛ كما تستر الكعبة».

وأما كون ذلك يباح على رواية؛ فلأن ابن عمر فعله، وفعل في زمن الصحابة رضوان الله عليهم، وقد رجح المصنف في **المغني** هذه الرواية.

فإن قيل: الحرمة المذكورة مطلقة في كل حال أو يشترط في ذلك عدم الحاجة.

(١) أخرجه العقيلي في الضعفاء الكبير ١: ١٧٠.

(١) الممتع ٧١٢/٣

(٢) ذكره البخاري في صحيحه تعليقا مختصرا ٥: ١٩٨٦ كتاب النكاح، باب هل يرجع إذا رأى منكرا في الدعوة؟ وقال ابن حجر: وصله أحمد في كتاب الورع، ومسدد في مسنده. فتح الباري ٩: ١٥٨.." [١]

"قيل: بل يشترط في ذلك عدم الحاجة. فإن دعت الحاجة إليه من حر أو برد فلا بأس به. ذكره المصنف رحمه الله تعالى في **المغني**. وعلل بأنه استعمال في حاجة. أشبه ستر الباب وما يلبسه على بدنه. فعلى هذا يحمل كلام المصنف هنا على عدم الحاجة جمعا بين نقليه في كتابيه.

وينبغي أن يلحظ إباحة عدم الإجابة والجلوس في الدعوة الواجبة إجابتها على الروايتين جميعا؛ لأن المصنف قال في **المغني**: وإن كان لغير حاجة فهو مكروه وعذر في الرجوع وترك الإجابة. وإذا كانت الكراهة عذرا فالحرمة بطريق الأولى.

قال: (ولا يباح الأكل بغير إذن. والدعاء إلى الوليمة إذن فيه).

أما كون الأكل لا يباح بغير إذن؛ فلأن المأكول من مال الغير. فلا يباح بغير إذنه؛ كلبس ثوبه وركوب دابته.

وأما كون الدعاء إلى الوليمة إذنا في الأكل؛ فلما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا دعي أحدكم [إلى طعام] فجاء مع الرسول فذلك إذن له» (١) رواه أبو داود.

وعن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه: «إذا دعيت فقد أذن لك». رواه الإمام أحمد.

قال: (والنثار والتقاطه مكروه. وعنه: لا يكره. ومن حصل في حجره شيء منه فهو له).

أما كون النثار والتقاطه مكروها على المذهب؛ ف «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النهبى والمثلة» (٢).

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٥١٩٠) ٤: ٣٤٨ كتاب الأدب، باب في الرجل يدعى أيكون ذلك إذنه.

وما بين المعكوفين زيادة من السنن.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٠٩٠٧) ٢: ٥٣٣.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٤٢) ٢: ٨٧٥ كتاب المظالم، باب النهي بغير إذن صاحبه.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٧٣٢) ٤: ٣٠٦.." [٢]

---

[١] الممتع ٣/٧١٣

[٢] الممتع ٣/٧١٤

"ولأن فيه تزاحما وقتالا. وربما أخذه من يكره صاحب النثار أخذه (١) لحرصه وشرهه ودناءة نفسه.

فإن قيل: ظاهر النهي التحريم. فيجب أن يكون حراما. لا سيما وقد جاء أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تحل النهبى ولا المثلة» (٢) رواه البخاري.

قيل: ذلك الإجماع فإنه لا خلاف في الإباحة ذكره المصنف في **المغني**.

ولأنه نوع إباحة لمال. فلم يكن محرما؛ كسائر الإباحات.

وأما كون ذلك لا يكره على رواية؛ فلما روى عبدالله بن قرط قال: «قرب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس بدنات أو ست فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ. فنحرها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال كلمة لم أسمعها. فسألت من قرب منه فقال: قال: من شاء اقتطع» (٣) رواه أبو داود.

وهذا جار مجرى النثار والتقاطه.

وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه دعي إلى وليمة رجل من الأنصار. ثم أتوا بنهب فأنهب عليه. قال الراوي: ونظرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يزاحم الناس أو نحو ذلك. قال: قلت: يا رسول الله! أوما نهيتنا عن النهبى؟ قال: نهيتكم عن نهبة العساكر».

ولأنه نوع إباحة. أشبه إباحة الطعام.

وأما كون من حصل في حجره شيء منه فهو له؛ فلأنه مباح حصل في حجره. فكان له؛ كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره.

---

(١) زيادة من الشرح الكبير ٨: ١١٩.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٤٣٢٦) ٧: ٢٠١ كتاب الصيد، باب تحريم أكل السباع. ولم أره في البخاري.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٦٥) ٢: ١٤٨ كتاب المناسك، باب في الهدي إذا عطب قبل أن يبلغ.." [١]

"وأما كونه يشترط له أن تكون حرة؛ فلأن الأمة لا يجب تسليمها مطلقا بل ليلا لأن النهار تكون في خدمة سيدها.

وأما كونه يشترط له أن تكون يمكن الاستمتاع بها؛ فلأن التسليم إنما وجب ضرورة استيفاء الاستمتاع

---

(١) الممتع ٣/٧١٥

الواجب. فإذا لم يمكن الاستمتاع بها لم يكن واجبا. والإمكان معتبر بتسع سنين نص عليه الإمام أحمد وذلك «لأن النبي صلى الله عليه وسلم دخل بعائشة وهي ابنة تسع» (١).

وقال القاضي: هو معتبر بحالها واحتمالها؛ لأنها قد تكون كبيرة لا يمكنها وصغيرة يمكنها. وحمل كلام الإمام على الغالب؛ لا أنه قصد التحديد لأن الإمكان قد يتخلف عن ذلك. فكيف يجب التسليم؟ وحقيقة الإمكان منتفية.

وأما كونه يشترط له أن لا تشترط دارها؛ فلأن ذلك شرط لازم عندنا.

وأما كون المرأة تنظر مدة جرت العادة بإصلاح أمرها فيها إذا سألت الإنظار؛ فلأن الحاجة تدعو إلى ذلك. ولأن في قوله عليه السلام: «لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة» (٢) تنبيها على الإمهال المذكور؛ لأنه إذا منع من الطروق وأمر بإمهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها. فلأن تمهل هذه بطريق الأولى.

فإن قيل: كم مقدار ذلك؟

قيل: قدره المصنف في **المغني** باليومين والثلاثة؛ لأن ما تحتاج إليه يمكن فعله في ذلك.

وأما كون الأمة لا يجب تسليمها إلا بالليل؛ فلأنها مملوكة. عقد على إحدى منفعتيها. فلم يجب تسليمها في غير وقتها؛ كما لو أجرها لخدمة النهار. فإنه لا يجب تسليمها بالليل.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤١) ٥: ١٩٧٣ كتاب النكاح، باب تزويج الأب ابنته من الإمام.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٩١) ٥: ١٩٥٤ كتاب النكاح، باب تزويج الثيبات.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٧١٥) ١: ١٥٢٧ كتاب الإمارة، باب كراهة الطروق وهو الدخول ليلا لمن ورد من سفر.." [1]

"وفي رواية: «يأتيها مقبلة ومدبرة إذا كان ذلك في الفرج» (١).

فإن قيل: إذا كان الوطء فيه حراما. فهل يجب به الحد؛ كاللواط؟

قيل: لا؛ لأن الحد يدرأ بالشبهة. وهي موجودة هنا. بخلاف وطء الأجنبية في دبرها فإنه يجب به حد اللواط؛ لأنه لا شبهة فيه.

قال: (ولا يعزل عن الحرة إلا بإذنها، ولا عن الأمة إلا بإذن سيدها).

---

(١) الممتع ٣/٧١٨

أما كون الزوج لا يعزل عن الحرة إلا بإذنها؛ فلما روى ابن عمر قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها» (٢). رواه الإمام أحمد وابن ماجة.

ولأن لها في الولد حقا وعليها في العزل ضررا.

وقال المصنف في **المغني**: يحتمل أن يكون استئذانها مستحبا؛ لأن حقها في الوطء دون الإنزال. بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة. ثم قال: والأول أولى.

وأما كونه لا يعزل عن الأمة إلا بإذن سيدها؛ فلأن الولد حق له. فاشترط إذنه.

ولم يذكر المصنف في **المغني** إذن السيد بحال. قال: فأما زوجته الأمة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها استدلالا بمفهوم هذا الحديث. يعني حديث الحرة.

وقال ابن عباس: «تستأذن الحرة ولا تستأذن الأمة».

ولأن عليه ضررا في استرقاق ولده. بخلاف الحرة.

ويحتمل أن لا يجوز إلا بإذنها؛ لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة وترك العزل من تمامه. فلم يجز إلا بإذنها؛ كالحرة.

والمراد بقول المصنف هنا: ولا عن الأمة: الأمة المعقود عليها لا الأمة المملوكة للواطئ؛ لأنه قال في **المغني**: ويجوز العزل عن أمته بغير إذنها. نص

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٩٦ كتاب النكاح، باب إتيان النساء في أدبارهن. عن ابن عباس.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٢٨) ١: ٦٢٠ كتاب النكاح، باب العزل. قال في الزوائد: في إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢١٢) ١: ٣١. كلاهما عن عمر.." [١]

"عليه؛ لأنها لا حق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة. فلأن لا تملك المنع من العزل بطريق الأولى.

قال: (وله إجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات، وأخذ الشعر الذي تعافه النفس؛ إلا الذمية فله إجبارها على غسل الحيض، وفي سائر الأشياء روايتان).

---

(١) الممتع ٣/٧٢١

أما كون الزوج له إجبار زوجته المسلمة على جميع ما تقدم ذكره؛ فلأنه دائر بين واجب عليها وبين شيء يقف كمال الاستمتاع عليه.

وأما كونه له إجبار زوجته الذمية على غسل الحيض؛ فلأن حل الوطء موقوف عليه.

وأما كونه له إجبارها على سائر الأشياء في رواية؛ فلأن كمال الاستمتاع يقف عليه. إذ النفس تعاف وطء من عليها غسل، أو شربت مسكرا، أو لها شعر.

وأما كونه ليس له إجبارها على ذلك في رواية؛ فلأن غسل الجنابة والنجاسة واجتناب المحارم عندنا غير واجب عليها وإزالة الشعر غير مشروع عندها.

وقال المصنف في **المغني**: شعر العانة إذا خرج عن العادة فله إجبارها على إزالته رواية واحدة.." [1]

"ولأنه لو لم يكن لها عليه حق لكان له تخصيص إحدى زوجتيه؛ كالزيادة في النفقة على قدر الواجب. وإذا ثبت وجوب الحق في الجملة وجب تقديره بما ذكر؛ لحكم كعب بن سور وتصويب عمر له.

وأما كون الزوجة الأمة لها على زوجها أن يبيت عندها ليلة من كل ثمان عند المصنف؛ فلأن الأمة على النصف من الحرة.

وأما كون ذلك من كل سبع عند أصحابنا؛ فلأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر فتبقى السابعة لها.

فإن قيل: من أين لك أن الليلة من الثمان اختيار المصنف؟

قيل: لأن في قوله: وقال أصحابنا إشعارا بذلك. وصرح به في **المغني** فقال بعد أن حكى أن لها ليلة من سبع: والذي يقوى عندي أن لها ليلة من ثمان لتكون على النصف مما للحرة. فإن حق الحرة من كل ثمان ليلتان ليس لها أكثر من ذلك. فلو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة.

ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة. فلم يرد أن يزيد لهن على الواجب فقسم بينهن سبعا فماذا يصنع في الليلة الثامنة؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند الحرة فقد أوجبنا عليه زيادة على الواجب، وإن باتها عند الأمة جعلها كالحرة ولا سبيل إليه. وعلى ما اخترته تكون هذه الليلة الثامنة له، إن أحب انفرد بها فيها وإن أحب بات عند الأولى مستأنفا للقسم.

---

(١) الممتع ٣/٧٢٢

وأما كونه له الانفراد بنفسه فيما بقي؛ فلما تقدم من حديث كعب بن سور.

قال: (وعليه وطؤها في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر. وإن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن عذر. فإن أبى شيئا من ذلك ولم يكن عذر فطلبت الفرقة فرق بينهما. وعنه: ما يدل أن الوطء غير واجب فيكون هذا كله غير واجب).

أما كون الزوج عليه وطء زوجته في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر على المذهب؛ فلأنه لو لم يكن واجبا لم يصر باليمين على تركه واجبا؛ كسائر ما لا يجب.." (١)

"وأما كونه يفرق بينهما إذا أبى الزوج شيئا ولم يكن عذر فطلبت الفرقة؛ فلأنها تعذر عليها ما وجب لها موليا. فملك الفرقة به؛ كما لو كان زوجها موليا فطلبت منه الوطء فأبى.

وأما كون الوطء غير واجب عليه على رواية؛ فلأنه حق له فلا يكون واجبا عليه كسائر حقوقه.

وأما قول المصنف: فيكون هذا كله غير واجب: فالمراد به أنه إذا قيل الوطء لا لا يجب: لا يجب عليه القدوم من السفر وإن طال، ولا يفسخ النكاح بعدم قدومه؛ لأن جميع ذلك من موانع وجوب الوطء وقد انتفى.

قال: (ويستحب أن يقول عند الجماع: "بسم الله. اللهم! جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني". ولا يكثر الكلام حال الوطء. ولا ينزع إذا فرغ قبلها حتى تفرغ).

أما كون الزوج يستحب له أن يقول عند الجماع: بسم الله. اللهم! جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني؛ فلما روى ابن عباس قال: «لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال: [بسم الله]. اللهم! جنبنِا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبدا» (١) متفق عليه.

وقال عطاء في تفسير قوله تعالى: ﴿وقدموا لأنفسكم﴾ [النساء: ٢٢٣]: هي التسمية عند الجماع.

وأما كون المجامع لا يكثر الكلام حال الوطء؛ فلما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فإن منه يكون الخرس والفأفاء» (٢). رواه أبو حفص العكبري.

والمراد بقوله: ولا يكثر: الكراهة. صرح به في **المغني**، وعلله بما تقدم، وبأنه يكره الكلام حالة البول، وحالة الجماع في معناه وأولى بذلك منه.

---

(١) الممتع ٣/٧٢٤

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٠٢٥) ٥: ٢٣٤٧ كتاب الدعوات، باب ما يقول إذا أتى أهله.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٤) ٢: ١٠٥٨ كتاب النكاح، باب ما يستحب أن يقوله عند الجماع.
وما بين المعكوفين من الصحيحين.
(٢) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال (٤٤٩٠١) ١٦: ٣٥٤ كتاب النكاح، محظورات المباشرة.." [1]
"وأما كونه لا ينزع إذا فرغ قبلها حتى تفرغ؛ فلما روى أنس بن مالك قال:

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا جامع الرجل أهله فليقصدها. فإذا قضى حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها» (١) رواه أبو حفص العكبري.
ولأن في ذلك ضررا ومنعا لها من قضاء شهوتها.
والمراد أيضا بقوله: ولا ينزع ... إلى آخره: أنه يكره له النزع قبل فراغها. ذكره المصنف رحمه الله تعالى في **المغني**.
قال: (وله الجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسل واحد. ويستحب الوضوء عند معاودة الوطء).
أما كون الزوج له الجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسل واحد؛ فلما روى أنس قال: «سكبت لرسول الله صلى الله عليه وسلم غسلا واحدا في ليلة واحدة» (٢) رواه أبو حفص العكبري.
ولأن حدث الجنابة لا يمنع الوطء. بدليل إتمام الجماع.
وأما كون الوضوء عند معاودة الوطء يستحب؛ فلما روى أبو سعيد الخدري قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا جامع الرجل أول الليل ثم أراد أن يعود فليتوضأ» (٣) رواه مسلم.

---

(١) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال (٤٤٨٣٧) ١٦: ٣٤٤ كتاب النكاح، المباشرة وآدابها ومحظوراتها.
(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٥٨٨) ١: ١٩٤ كتاب الطهارة وسننها، باب ما جاء فيمن يغتسل من جميع نسائه غسلا واحدا. ولفظه: عن أنس «أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يطوف على نسائه في غسل واحد».

---

(١) الممتع ٣/٧٢٦

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٣٠٨) ١: ٢٤٩ كتاب الحيض، باب جواز نوم الجنب واستحباب الوضوء له ...." [١]

"قال: (ولا يجوز له الجمع بين زوجتيه (١) في مسكن واحد إلا برضاهما. ولا يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى أو غيرها. ولا يحدثها بما جرى بينهما).

أما كون الزوج لا يجوز له الجمع بين زوجتيه في مسكن واحد بغير رضاهما؛ فلأن في الجمع ضررا بهما لما بينهما من العداوة والغيرة، والجمع يثير المخاصمة والمقاتلة.

وأما كونه له ذلك برضاهما؛ فلأن الحق لهما فإذا رضيتا بإسقاطه سقط.

وأما كونه لا يجوز له أن يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى؛ فلما ذكر قبل.

فإن قيل: هل يجوز ذلك مع الإذن كالجمع في المسكن الواحد؟

قيل: لا. وكلام المصنف هنا مشعر به؛ لأنه استثنى ذلك في السكنى دون المجامعة. وصرح به في **المغني** فقال: إن رضيتا بأن يجامع واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز؛ لأن فيه دناءة وسخفا وسقوط مروءة.

وأما كونه لا يجوز له ذلك بحيث تراه غير الضرة؛ فلأن فيه ما ذكر من الدناءة والسخف وسقوط المروءة، وربما كان وسيلة إلى وقوع الرائية في الفاحشة؛ لأنها قد تثور شهوتها بذلك فيؤدي إلى المحذور المذكور.

وأما كونه لا يحدث الضرة بما جرى بينهما؛ فلأن ذلك سبب لإثارة الغيرة وبغض إحداهما الأخرى.

قال: (وله منعها من الخروج عن منزله. فإن مرض بعض محارمها أو مات استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه).

أما كون الزوج له منع زوجته من الخروج عن منزله؛ فلما روى أنس «أن رجلا سافر ومنع زوجته من الخروج عن منزله. فمرض أبوها. فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في عيادة أبيها. فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: اتقي الله ولا تخالفي زوجك. فأوحى الله تعالى إلى النبي صلى الله عليه وسلم: قد غفرت لها بطاعة زوجها». رواه ابن بطة.

ولأن طاعة الزوج واجبة والعيادة وشبهها غير واجبة. فلم يجز ترك الواجب لغير الواجب.

---

(١) في أ: الأخرى، وما أثبتناه من المقنع.." [٢]

---

(١) الممتع ٣/٧٢٧

(٢) الممتع ٣/٧٢٨

"قال: (ويقسم لزوجته الأمة ليلة والحرة ليلتين وإن كانت كتابية. ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة).

أما كون الرجل يقسم لزوجته الأمة ليلة والحرة ليلتين؛ فلما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول: «إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين» (١). رواه الدارقطني.

ولأن الحرة يجب تسليمها ليلا ونهارا. فكان حظها أكثر في الإيواء.

وأما قول المصنف: وإن كانت كتابية فتنبيه على أن الحرة الكتابية في القسم كالحرة المسلمة. وصرح به في **المغني** فقال: والمسلمة والكتابية سواء في القسم.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء.

ولأن القسم من حقوق الزوجية. فاستوت فيه المسلمة والكتابية؛ كالنفقة والسكنى.

فإن قيل: فما الفرق بين الحرة والأمة؟

قيل: الأمة لا يتم تسليمها ولا يحصل لها الإيواء التام. بخلاف الحرة.

وأما كونه يقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة؛ فلأن القصد الإيواء والسكن والأنس وحاجتهن داعية إلى ذلك.

قال: (فإن دخل في ليلتها إلى غيرها لم يجز إلا لحاجة داعية. فإن لم يلبث عندها لم يقض. وإن لبث أو جامع لزمه أن يقضي لها (٢) مثل ذلك من حق الأخرى).

أما كون الزوج لا يجوز له الدخول إلى غير من الليلة لها إذا لم تكن حاجة داعية؛ فلأنه ترك الواجب عليه لا لحاجة.

وأما كونه يجوز له لحاجة داعية مثل: أن تكون ضرتها منزولا بها فيريد أن يحضرها أو توصي إليه أو نحو ذلك مما لا بد منه عرفا؛ فلأن ذلك حالة ضرورة وحاجة فأبيح به ترك الواجب إلى قضائه في وقت آخر.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٤٨) ٣: ٢٨٥ كتاب النكاح، باب المهر.

(٢) زيادة من المقنع.." [١]

"وقول المصنف رحمه الله تعالى: في ليلتها: مشعر بأنه له فعل ذلك في نهارها الذي هو تبع لليلة وإن لم تكن الحاجة داعية. وصرح به في **المغني** فقال: يجوز الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها

---

(١) الممتع ٧٣٢/٣

لحاجة من دفع نفقة أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته أو زيارتها لبعد عهدهما ونحو ذلك؛ لما روت عائشة قالت: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل علي في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع» (١).

وأما كونه لا يقضي إذا لم يلبث عندها؛ فلأنه لا فائدة فيه لقلته.

وأما كونه يلزمه أن يقضي لها مثل ذلك من حق الأخرى إذا لبث أو جامع؛ فلأن التسوية واجبة ولا يحصل إلا بذلك.

ولا فرق في القضاء المذكور وعدمه بين ما إذا كان ممنوعا من الدخول؛ مثل: أن يدخل لغير حاجة، أو غير ممنوع؛ مثل: أن يدخل لحاجة؛ لأنه زمن مستحق للغير أو زمن لا يقضى لقلته. فاستوى فيه صاحب الحاجة وغيره.

قال: (وإن أراد النقلة من بلد إلى بلد وأخذ إحداهن معه والأخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة. ومتى سافر بها بقرعة لم يقض. وإن كان بغير قرعة لزمه القضاء للأخرى).

أما كون الرجل لا يجوز له أخذ إحدى نسائه معه والأخرى مع غيره إذا أراد النقلة من بلد إلى بلد بغير قرعة؛ فلأن فعل ذلك ميل. فلم يجز لما تقدم. بخلاف فعله بقرعة.

وأما كونه لا يقضي إذا سافر بها بقرعة؛ فلأن عائشة ذكرت السفر بالقرعة ولم تذكر القضاء.

---

(١) أخرج أبو داود نحوه في سننه عن عائشة قالت: «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يفضل بعضنا على بعض في القسم، من مكثه عندنا، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ إلى التى هو يومها فيبيت عندها». (٢١٣٥) ٢: ٢٤٢ كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء.." [١]

"ولأن التي تسافر معه يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما يحصل لها من السكن، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل في الحضر. فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة.

وأما كونه يلزمه القضاء للأخرى إذا كان بغير قرعة؛ فلأنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه. فيلزمه القضاء؛ كما لو كان حاضرا.

فإن قيل: قد تقدم أنه لو قضى للحاضرة لأدى إلى الميل؛ لأن المسافرة لا يحصل لها من السكن مثل ما

---

(١) الممتع ٣/٧٣٣

يحصل للحاضرة.

قيل: هو كذلك؛ إلا أنه لا يمكن إسقاط القضاء بالكلية لما فيه أيضا من الميل. ومن أن ذلك يصير وسيلة إلى المسافرة بمن يريد. وإذا تعارض القضاء وعدمه وجب القضاء لكن على مثل ما أقام مع المسافرة؛ لأنه أقرب القولين إلى عدم الميل.

فعلى هذا لا يلزمه قضاء مدة السير لأنها لم يحصل لها من ذلك إلا التعب والمشقة.

ولأنه لو جعل للحاضرة في مقابلته مبيتا عندها واستمتاعا بها لمال كل الميل.

قال:)وإن امتنعت من السفر معه، أو من المبيت عنده، أو سافرت بغير إذنه: سقط حقها من القسم. وإن أشخصها هو فهي على حقها من ذلك. وإن سافرت لحاجتها بإذنه فعلى وجهين).

أما كون حق الزوجة من القسم يسقط إذا امتنعت مما ذكر أو سافرت بغير إذنه؛ فلأن القسم للأنس وقد تعذر بسبب من جهتها. فيسقط؛ كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها.

وأما كونها على حقها من ذلك إذا أشخصها هو؛ فلأنه ما فات بسبب من جهتها وإنما فات بتفويته. فلم يسقط حقها؛ كما لو أتلف المشتري المبيع فإنه لا يسقط حق البائع بتسليم ثمنه إليه.

فإن قيل: ما معنى أشخصها؟

قيل: أن يبعثها لحاجة أو يأمرها بالنقلة من بلدها. ذكره المصنف رحمه الله تعالى في **المغني**." [١]

"وأما كون حقها يسقط إذا سافرت لحاجتها بإذن الزوج على وجه؛ فلأن الاستيفاء تعذر بسبب من جهتها. أشبه ما لو سافرت بغير إذنه.

وأما كونه لا يسقط على وجه؛ فلأن سفرها بإذنه. أشبه ما لو سافرت معه.

فإن قيل: ما المراد بسفرها لحاجتها؟

قيل: أن تسافر لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة أو نحو ذلك.

فإن قيل: ما الصحيح من الوجهين المذكورين؟

قيل: ظاهر كلام صاحب **المغني** فيه ترجيح السقوط؛ لأنه علله بنحو ما تقدم. وفرق بين سفرها لحاجته بإذنه وبين سفرها معه بأن القسم لم يتعذر بسفرها معه. بخلاف سفرها بإذنه.

قال: (وللمرأة أن تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها بإذنه وله فيجعله لمن شاء منهن. فمتى رجعت في الهبة عاد حقها).

---

(١) الممتع ٣/٧٣٤

أما كون المرأة لها أن تهب حقها لبعض ضرائرها بإذن الزوج؛ ف «لأن سودة وهبت يومها لعائشة. فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة» (١).

وعن عائشة: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد على صفية في شيء. فقالت صفية لعائشة: هل لك أن ترضي عني رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك يومي؟ قالت: فقعدت إلى جنب رسول الله. قال: إليك يا عائشة! إنه ليس يومك. قلت: ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء. وأخبرته بالأمر. فرضي عنها» (٢) رواه ابن ماجة.

واشترط المصنف رحمه الله تعالى في الهبة المذكورة إذن الزوج؛ لأن حقه على الواهبة فلا ينتقل إلى غيرها إلا برضاه.

وأما كونها لها أن تهب ذلك للزوج؛ فلأن الحق لها فلمن نقلته انتقل إليه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩١٤) ٥: ١٩٩٩ كتاب النكاح، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٦٣) ٢: ١٠٨٥ كتاب الرضاع، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٧٣) ١: ٦٣٤ كتاب النكاح، باب المرأة تهب يومها لصاحبتها.." [١]

"قال: (وإن زفت إليه امرأتان قدم السابقة منهما، ثم أقام عند الأخرى، ثم دار. فإن زفتا معا قدم إحداهما بالقرعة، ثم أقام عند الأخرى).

أما كون الزوج يقدم السابقة فيما إذا زفت إليه امرأتان إحداهما قبل الأخرى؛ فلأن حقها سبق.

وأما كونه يقيم بعد فعل الواجب عليه للأولى عند الأخرى؛ فلأن حقها واجب عليه لما تقدم. ترك العمل به في مدة الأولى؛ لأنه عارضه ورجح عليه. فإذا زال المعارض وجب العمل بالمقتضي لحق الأخرى السالم عن المعارض.

وأما كونه يدور بعد ذلك؛ فليأتي بالواجب عليه من حق الدور.

وأما كون تقديم إحداهما بالقرعة إذا زفتا معا؛ فلأنهما استويا في سبب الاستحقاق، والقرعة مرجحة عند التساوي.

وأما كونه يقيم عند الأخرى بعد فعل ما عليه للأخرى؛ فلما تقدم.

---

(١) الممتع ٣/٧٣٥

قال: (وإن أراد السفر فخرجت القرعة لإحداهما سافر بها ودخل حق العقد في قسم السفر، وإذا قدم بدأ بالأخرى فوفاها حق العقد).

أما كون الزوج يسافر بمن خرجت لها القرعة؛ فلأن حقها ترجح بالقرعة.

وأما كون حق العقد يدخل في قسم السفر؛ فلأنه نوع قسم يختص بها.

وأما كونه يبدأ بالأخرى فيوفيها حق العقد؛ فلأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده إليها. فلزمه قضاؤه؛ كما لو لم يسافر بالأخرى معه.

وقال المصنف في **المغني**: فيه وجهان:

أحدهما: يقضي لها ذلك؛ لما ذكر.

والثاني: لا يقضيه لها؛ لئلا يكون تفضيلا لها على التي سافر بها. ثم قال: ويحتمل أن يستأنف قضاء العقد لكل واحدة منهما ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها؛ كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد. ثم قال: وهذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط.." [١]

"قال: (وإذا طلق إحدى نسائه في ليلتها أثم فإن تزوجها بعد ذلك قضى لها ليلتها).

أما كون الزوج يأثم إذا طلق إحدى نسائه في ليلتها؛ فلأنه يوصل إلى منعها حقها.

وأما كونه إذا تزوجها بعد ذلك يقضي لها ليلتها؛ فلأنه أمكنه أداء ما عليه من الحق بعد العجز. فلزمه ذلك؛ كما لو كان عليه دين فأعسر ثم قدر عليه.

قال: (وله أن يخرج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس).

أما كون الزوج له الخروج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس؛ فلأنه لا قسم عليه في النهار. وقد تقدم ذلك في قول المصنف رحمه الله تعالى: وعماد القسم الليل (١).

وأما كون المصنف قيد ذلك بالنهار فليشعر بأن الزوج ليس له ذلك في الليل.

وقال رحمه الله تعالى في **المغني**: فإن خرج في النهار أو أول الليل أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج إلى الصلوات جاز؛ لأن المسلمين يخرجون لصلاة العشاء وصلاة الفجر قبل طلوعه.

فعلى هذا يحمل التقييد المذكور على نفي ما عداه بما ذكره في **المغني**؛ لأنه صريح. وذلك راجح على المفهوم.

---

(١) الممتع ٧٣٨/٣

(١) ص: ٧٣٠.." (١)

"قال: (فإن ادعى كل واحد ظلم صاحبه له (١) أسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة يشرف عليهما، ويلزمهما الإنصاف. فإن خرجا إلى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكمين حرين مسلمين عدلين، والأولى أن يكونا من أهلهما برضاهما وتوكيلهما فيكشفان عن حالهما ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما، أو تفريق بطلاق، أو خلع. فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا. وعنه: أن الزوج إن وكل في الطلاق بعوض أو غيره، ووكلت المرأة في بذل العوض برضاهما، وإلا جعل الحاكم إليهما ذلك. وإن غاب الزوجان أو أحدهما لم ينقطع نظرهما على الأولى ولم ينقطع على الثانية).

أما كون الحاكم يسكن الزوجين إلى جانب ثقة يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف إذا ادعى كل واحد ظلم صاحبه له؛ فلأن ذلك وسيلة إلى كفهما عن التعدي، وذلك مطلوب شرعا.

وأما كونه يبعث حكمين إذا خرجا إلى الشقاق؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها﴾ [النساء: ٣٥].

وأما كون الحكمين حرين؛ فلأن العبودية نقص.

وقال صاحب **المغني** فيه: الأولى أن يقال: إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية؛ لأن توكيل العبد جائز، وإن كانا حكمين اعتبرت؛ لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبدا.

وأما كونهما مسلمين عدلين؛ فلأنهما إن كانا حكمين كان اشتراط ذلك ظاهرا؛ لكون الحاكم لا يجوز أن يكون إلا مسلما عدلا. وإن كانا وكيلين؛ فلأن الوكالة إذا تعلقت بنظر الحاكم لم يجز أن يكون الوكيل إلا مسلما عدلا؛ كما لو نصب وكيلا لصبي أو سفيه.

وأما قول المصنف: والأولى أن يكونا من أهلهما برضاهما وتوكيلهما: فمشعر بأمور:

أحدها: أن كون الحكمين من أهلهما راجح في نظر الشرع ولا شبهة فيه؛ لقوله تعالى: ﴿حكما من أهله وحكما من أهلها﴾ [النساء: ٣٥].

---

(١) زيادة من المقنع.." (٢)

---

(١) الممتع ٧٣٩/٣

(٢) الممتع ٧٤٢/٣

"رضيت بكتاب الله علي ولي. وقال الرجل: أما الفرقة فلا. فقال علي: كذبت حتى ترضى بما رضيت به» (١). رواه أبو بكر بإسناده.

ويشترط في كونهما حكمين شرطان آخران لم يذكرهما هنا:

أحدهما: كونهما عالمين بالجمع والتفريق؛ لأنهما يتصرفان في ذلك. فيعتبر علمهما به.

وثانيهما: كونهما ذكرين؛ لأن الحاكم لا يجوز إلا أن يكون ذكرا.

وأما كون الحكمين ينقطع نظرهما إذا غاب الزوجان أو أحدهما على الرواية الأولى ولا ينقطع على الثانية؛ فلأن الوكيل ينعزل بجنون موكله. بخلاف الحاكم فإنه لا يمنع أن يحكم مع جنون المحكوم عليه.

وقال المصنف في **المغني** بعد ذكر الغيبة: وإن كان حاكما لم يجز له الحكم؛ لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون.

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨٨ - ١٨٩) ٣: ٢٩٥ كتاب النكاح، باب المهر.

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١١٨٨٣) ٦: ٥١٢ كتاب الطلاق، باب الحكمين.." [١]

"وأما كونه لا يجوز على رواية؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وعن ثوبان قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة» (١) رواه أبو داود.

وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «المختلعات والمنتزعات هن المنافقات» (٢) رواه الإمام أحمد واحتج به.

ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة. فلم يجز؛ لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا إضرار في الإسلام» (٣).

وظاهر كلام المصنف هنا ترجيح الجواز، وفي **المغني** ترجيح الحرمة لأنه قال: والحجة مع من حرمه، وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمها على عموم آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار.

وحكي عن ابن المنذر أنه قال -يعني جوابا عن قوله تعالى: ﴿فكلوه﴾ [النساء: ٤]-: لا يلزم من الجواز في غير عقد الجواز في المعاوضة. بدليل الربا حرمه الله تعالى في العقد وأجازه في الهبة.

---

(١) الممتع ٣/٧٤٤

فإن قيل: على رواية عدم الجواز يقع الخلع.

قيل: لا؛ لأنه إذا كان حراما لم يقع صحيحا؛ كبيع درهمين بدرهم.

ولأنه إذا عضلها الزوج لتفتدي كان حراما وباطلا وسيأتي ذكرهما بعد إن شاء الله تعالى. فكذا لا يقع الخلع المذكور على رواية الحرمة؛ لاشتراكهما إذا فيهما.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٢٦) ٢: ٢٦٨ أبواب الطلاق، باب في الخلع.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٨٧) ٣: ٤٩٣ كتاب الطلاق، باب ما جاء في المختلعات.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٥٥) ١: ٦٦٢ كتاب الطلاق، باب كراهية الخلع للمرأة.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٤٩٣) ٥: ٢٨٣.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٨٦) ٣: ٤٩٢ كتاب الطلاق واللعان، باب ما جاء في المختلعات.

ولم يذكر لفظ: «والمنتزعات» من حديث ثوبان رضي الله عنه.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٦١) ٦: ١٦٨ كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخلع.

وأخرجه أحمد في مسنده (٩٠٩٤) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٨٥) ٤: ٢٢٨ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك.." [١]

"أعتقتك عبدك فلان، أو قال: ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه: صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقا عن أحد. فهاهنا أولى.

ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض. فجاز لغيرها؛ كالدين.

قال: (ويصح بذل العوض فيه من كل جائز التصرف. فإن خالعت الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان في ذمتها تتبع به بعد العتق).

أما كون بذل العوض في الخلع يصح من كل جائز التصرف؛ فلأنه عقد معاوضة. فصح من كل جائز التصرف؛ كسائر العقود.

وأما كون الأمة إذا خالعت بغير إذن سيدها على شيء معلوم يكون في ذمتها؛ فلأن المخالع رضي بذلك. فعلى هذا تتبع به بعد العتق؛ كما لو استدان العبد غير المأذون له.

وأما كون ما ذكر في ذمتها مشعر بصحة خلع الأمة بغير إذن سيدها. وهو صحيح لأنه إذا صح الخلع مع

---

(١) الممتع ٧٤٦/٣

الأجنبي؛ فلأن يصح مع الزوجين بطريق الأولى.

فإن قيل: هذا إذا خالعها على شيء في الذمة، أما إذا خالعها على عين في يدها.

قيل: هذا (١) إذا خالعها على شيء في الذمة. فأما إذا خالعها على عين فقال الخرقي: يثبت في ذمتها مثله أو قيمته إن لم يكن مثليا لأنها لا تملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها بذلها؛ كما لو خالعها على عبد فخرج حرا أو مستحقا.

وقال المصنف في **المغني**: قياس المذهب أنه لا شيء له لأنه إذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضيا بغير عوض فلا يكون له شيء؛ كما لو قال: خالعتك على هذا المغصوب أو على هذا الحر. وقال: يمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في الخلع بهذه العين ولم تكن صادقة أو جهل أنها لا تملك العين ويكون اختياره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته.

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.." [1]

"فإن قيل: هذا الحكم إذا خالعت الأمة بغير إذن سيدها فما الحكم إذا خالعت بإذنه؟

قيل: يصح؛ لأنه إذا صح بغير إذنه. فلأن يصح بإذنه بطريق الأولى. ويتعلق بذمة السيد في قياس المذهب؛ كما لو أذن لعبده في الاستدانة. ويحتمل أن يتعلق برقبتها لأنه من جناياتها.

قال: (وإن خالعته المحجور عليها لم يصح الخلع ووقع طلاقه رجعيا).

أما كون خلع المحجور عليها لا يصح؛ فلأنه تصرف في المال وليست من أهله لأن الولي ليس له الإذن في التبرعات.

والمراد بالمحجور عليها المحجور عليها لحظ نفسها كالصبية والسفيهة والمجنونة. فأما المفلسة فلا يصح بغير إذن غرمائها لأنها ممنوعة من التبرع لأجلهم، ويصح بإذنهم لأنها من أهل التصرف. ولهذا يصح تصرفها في ذمتها. بخلاف المحجور عليها لحظ نفسها.

وأما كون طلاق المخالع يقع رجعيا؛ فلأنه طلاق لا عوض فيه. فوجب وقوعه رجعيا؛ لسلامته عما ينافيه. ولا بد أن يلحظ في الخلع المذكور أنه وقع بلفظ الطلاق أو أنه نوى به ذلك لأن ذلك طلاق وإن وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولم ينو الطلاق فهو كالخلع بغير عوض وسيأتي حكمه.

---

(١) الممتع ٣/٧٥٠

وقال المصنف في **المغني**: ويحتمل أن لا يقع الخلع هاهنا لأنه إنما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع في بدله.

ولا بد أن يلحظ في الطلاق أنه بغير الثلاث فإن كان بالثلاث لم يقع رجعيا لأن الثلاث لا رجعة معها.

قال: (والخلع طلاق بائن؛ إلا أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولا ينوي به الطلاق فيكون فسخا لا ينقص به عدد الطلاق في إحدى الروايتين، وفي الأخرى: هو طلاق بائن بكل حال).

أما كون الخلع طلاقا إذا لم يقع بأحد الألفاظ المذكورة قبل فلا خلاف فيه لوجود صريحه أو كنايته المقترنة بالنية.." (١)

"قال: (ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به. وإن شرط الرجعة في الخلع لم يصح الشرط في أحد الوجهين، وفي الآخر: يصح الشرط ويبطل العوض).

أما كون المعتدة من الخلع لا يقع بها طلاق وإن واجهها به؛ فلأنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا يعرف لهما مخالف في عصرهما.

ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد. فلم يلحقها طلاقه؛ كالمطلقة قبل الدخول.

وأما كون شرط الرجعة في الخلع لا يصح في وجه؛ فلأنه ينافي مقتضى العقد.

ولأن الخلع لفظ مقتض للبينونة. فإذا شرطت الرجعة معه بطل الشرط؛ كالطلاق الثلاث.

واقتضاء المصنف على أن الشرط لا يصح دليل على تصحيح الخلع. وصرح به في **المغني**؛ لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسدا. فلم يفسد بفساد شرطه؛ كالنكاح.

وأما كونه يصح الشرط ويبطل العوض في وجه؛ فلأن شرط العوض والرجعة يتنافيان. فإذا شرطهما سقطا وبقي مجرد الطلاق، وتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط.

ولأنه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه. فأبطله؛ كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع.

فإن قيل: إذا صححت العقد وأبطلت الشرط ماذا يجب له؟

قيل: المسمى في عقد النكاح لأن المسمى في عقد الخلع سقط لأنه لم يرض به عوضا حتى ضم إليه الشرط. فإذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقص من أجله إليه فيصير محمولا. ويحتمل أن يجب المسمى في عقد الخلع لأنهما تراضيا به عوضا. فلم يجب غيره؛ كما لو خلا عن شرط الرجعة.." (٢)

---

(١) الممتع ٣/٧٥١

(٢) الممتع ٣/٧٥٣

"فصل [في الخلع بمجهول]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (يصح الخلع بالمجهول. وقال أبو بكر: لا يصح والتفريع على الأول).

أما كون الخلع بالمجهول يصح على المذهب؛ فلأن الطلاق معنى يصح تعليقه بالشرط. فجاز أن يستحق به العوض المجهول؛ كالوصية.

ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء، والإسقاط تدخله المسامحة. ولذلك جاز بغير عوض على رواية.

وأما كونه لا يصح على قول أبي بكر؛ فلأنه معاوضة. فلم يصح بالمجهول؛ كالبيع.

وأما كون التفريع على الأول؛ فلأنه المذهب.

والفرق بينه وبين البيع أن البيع لا يصح بغير ثمن رواية واحدة. بخلاف الخلع فإنه يصح بغير عوض في رواية.

قال: (فإذا خالعها على ما في يدها من الدراهم أو ما في بيتها من المتاع فله ما فيهما. فإن لم يكن فيهما شيء فله ثلاثة دراهم وأقل ما يسمى متاعا، وقال القاضي: يرجع عليها بصداقها في مسألة المتاع).

أما كون المخالع على ما في يد امرأته من الدراهم أو ما في بيتها من المتاع له ما فيهما إذا كان فيهما شيء؛ فلأن ذلك هو المخالع عليه. وجهالته لا تضر؛ لأن التفريع على صحة الخلع بالمجهول.

فإن قيل: يستحق ما في اليد وإن كان أقل من ثلاثة دراهم.

قيل: ظاهر كلام المصنف هنا يقتضي ذلك.

وقال في **المغني**: فيه احتمالان: أحدهما ذلك لأنه الذي في اليد، والثاني: يستحق ثلاثة كاملة لأن اللفظ يقتضيها.." (١)

"وأما كونه له ثلاثة دراهم وأقل ما يسمى متاعا إذا لم يكن فيهما شيء على المذهب؛ فلأن ذلك أقل ما يقع عليه اسم الدراهم والمتاع حقيقة.

وأما كونه يرجع عليها بصداقها في مسألة المتاع على قول القاضي؛ فلأنها فوتت عليه البضع ولم يحصل له العوض بجهالته. فوجب عليها قيمة ما فوتت، وهو الصداق.

قال: (وإن خالعها على حمل أمتها أو ما تحمل شجرتها فله ذلك فإن لم يحملا فقال أحمد: ترضيه بشيء، وقال القاضي: لا شيء له).

---

(١) الممتع ٣/٧٥٨

أما كون المخالع المذكور له ما تحمل الأمة والشجرة؛ فلأنه المخالع عليه، وكونه معدوما لا أثر له لأنه يجوز مجهولا لما تقدم. فكذا يجوز أن يكون معدوما.

فإن قيل: قول المصنف: على حمل أمتها يحتمل أنه أراد على حمل أمتها الموجودة. فلم حملته على الحمل الحادث؟

قيل: لوجوه: أحدها: أن قوله بعد: فإن لم يحملا ينفي إرادة الموجود.

وثانيها: أنه هكذا ذكره في **المغني**.

وثالثها: أنه إذا حمل على الموجود يوهم الفرق بين مسألة الأمة وبين مسألة حمل الشجرة ولا فرق بينهما.

وأما كون المختلعة ترضي المخالع بشيء فيما إذا لم يحملا؛ فلأن لا يخلو الخلع عن عوض.

قال المصنف في **المغني**: يحتمل قول أحمد: ترضيه بشيء أن له أقل ما يقع عليه اسم الثمرة أو الحمل. فتعطيه عن ذلك شيئا أي شيء كان؛ مثل ما ألزمناه في مسألة المتاع لأن ذلك في معناه.

وأما كونه لا شيء له على قول القاضي؛ فلأنه رضي بالحمل ولا حمل.

وقال المصنف في **المغني**: لم يخالف القاضي الإمام أحمد بل تأول قوله: ترضيه بشيء على الاستحباب لأنه لو كان واجبا لقدره بتقدير يرجع إليه.

فإن قيل: يلزم القاضي الفرق بين هاتين المسألتين وبين مسألتي الدراهم والمتاع.." (١)

"قال: (وإن قالت: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحقها. وإن قالت: طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يستحق شيئا. ويحتمل أن يستحق ثلث الألف. وإن لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة ففعل استحق الألف علمت أو لم تعلم. ويحتمل أن لا يستحق إلا ثلثه إذا لم تعلم).

أما كون الزوج يستحق الألف إذا قالت الزوجة: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا؛ فلأنه فعل ما سألته وزيادة لأن الثلاث واحدة واثنتان. وكذلك لو قال: طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة وقع. فيستحق العوض بالواحدة وما وقع من الزيادة التي لم تبذل العوض لأجلها لا يستحق بها شيئا.

وأما كونه لا يستحق شيئا على المذهب إذا قالت: طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة؛ فلأنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها إليه. فلم يستحق شيئا؛ كما لو قال في المسابقة: من سبق إلى خمس إصابات [فله ألف] (١) فسبق إلى بعضها، أو قالت: بعني عبديك بألف فقال: بعتك أحدهما بخمسمائة.

وأما كونه يحتمل أن يستحق ثلث الألف؛ فلأنها استدعت منه فعلا بعوض. فإذا فعل بعضه استحق بقسطه

---

(١) الممتع ٧٥٩/٣

من العوض؛ كما لو قال: من رد عبيدي فله ألف درهم فرد ثلثهم. فإنه يستحق ثلث الألف.

وأما كونه يستحق الألف إذا لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة ففعلها؛ فلأن الواحدة التي فعلها كملت الثلاث وحصلت ما يحصل من الثلاث من البينونة وتحريم العقد. فوجب العوض؛ كما لو طلقها ثلاثا.

وأما كونه علمت أو لم تعلم فتنبيه على التسوية بينهما على المذهب نظرا إلى تحصيل ما ذكر.

وأما كونه يحتمل أن لا يستحق إلا ثلثه إذا لم تعلم؛ فلأنها بذلت العوض في مقابلة الثلاث ولم توجد. بخلاف ما إذا كانت عالمة. فإن معنى كلامها كمل لي الثلاث.

---

(١) زيادة من **المغني** ٧: ٢٦٢، ط دار الكتب.." [1]

"قال: (وإن كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة فقال: أنتما طالقتان بألف إن شئتما فقالتا: قد شئنا: لزم المكلفة نصف الألف وطلقت بائنا، ووقع الطلاق بالأخرى رجعيا ولا شيء عليها).

أما كون المكلفة يلزمها نصف الألف؛ فلأنه أضاف الألف إليهما على السواء. فاقتضى أن يكون الألف يقسط على قدر مهر كل واحدة منهما. وعلى قول أبي بكر يكون ذلك عليهما نصفين.

وأما كونها تطلق بائنا؛ فلأنه طلاق بعوض.

وأما كون الأخرى يقع بها الطلاق رجعيا؛ فلأن بذلها للعوض لا يصح لكونها غير مكلفة وإذا لم يصح بذلها للعوض كان الطلاق بلا عوض وذلك يكون رجعيا.

فإن قيل: غير المكلفة تشمل الصغيرة والمجنونة ومشيئتهما غير صحيحة، والطلاق مشروط بمشيئة الزوجتين معا. فيجب أن لا يقع الطلاق بواحدة منهما، ولا يلزم المكلفة شيء. وقد صرح المصنف بذلك في **المغني**.

قيل: مراده بغير المكلفة المميزة ومشيئتها صحيحة. صرح به في **المغني** أيضا. وكذلك ألحقه بعض من أذن له في ذلك في بعض النسخ.

فإن قيل: أي شيء يدل على صحة مشيئة المميزة؟

قيل: الغلام إذا بلغ التمييز خير بين أبويه والجارية في معناه فيكون ذلك محلا للمشيئة ودالا على صحتها.

وأما كونها لا شيء عليها؛ فلما تقدم من أن بذلها للعوض لا يصح.

ولأن طلاقها وقع رجعيا وذلك ينافي لزوم شيء.

قال: (وإن قال لامرأته: أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا شيء عليها. وإن قال: على ألف أو بألف

---

(١) الممتع ٣/٧٦٤

فكذلك. ويحتمل أن لا تطلق حتى تختار فيلزمها الألف).

أما كون امرأة القائل لها: أنت طالق وعليك ألف: تطلق؛ فلأن زوجها أتى بصريح الطلاق.." [1]

"غيره لم يصح، ولو وكله في بيعه بعشرة فباعه بأقل يصح وضمن الوكيل النقصان.

وقال المصنف في **المغني**: الأول أولى.

قال: (وإن وكلت المرأة في ذلك فخالع في مهرها فما دون، أو بما عينته فما دون صح وإن زاد لم يصح. ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة).

أما كون خلع الوكيل يصح إذا خالع بالمهر فما دون أو بما عينته فما دون؛ فلأنه فعل اقتضاه الإطلاق أو خيرا منه، أو ما اقتضاه بتعيينها أو خيرا منه.

وأما كونه لا يصح فيما إذا زاد على المذهب؛ فلأنه خالعها في تعيينها أو فيما اقتضاه الإطلاق. فلم يصح؛ كما لو وكلته في الخلع بدراهم فخالع بعروض.

وأما كونه يحتمل أن يصح؛ فلأن المخالفة في القدر لا توجب البطلان دليله البيع ومخالفة الوكيل الزوج.

وأما كون الزيادة تبطل؛ فلأن الموكلة ما التزمتها ولا أذنت فيها.

وفي بطلان الزيادة إشعار بأنها لا تلزم الوكيل. وفيه وجهان: أحدهما: أنه كذلك؛ لأنه لم يقبل العقد لنفسه وإنما قبله لغيره.

والثاني: يلزم الوكيل؛ لأنه التزمها للزوج. فلزمه الضمان؛ كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال.

قال: (وإذا تخالعا تراجعا بما بينهما من الحقوق. وعنه: أنها تسقط).

أما كون المتخالعان يتراجعان بما بينهما من الحقوق على المذهب؛ فلأنه أحد نوعي الخلع. فلم يسقط به شيء؛ كالطلاق.

وأما كونه يسقط على رواية؛ فلأن عقد الخلع يقتضي انخلاع كل واحد من صاحبه. ولو بقيت الحقوق كما كانت لبقي بينهما علقة. وذلك ينافي الانخلاع.

فعلى هذا إن خالعها قبل الدخول ولم تكن قبضت شيئا من صداقها لم ترجع عليه، وإن كانت قبضته لم يرجع عليها. وعلى الأول يرجع كل واحد بما يستحقه وهو الأصح.

---

(١) الممتع ٣/٧٦٥

فإن قيل: هل يشمل قول المصنف: وعنه أنها تسقط الحقوق التي لا تعلق لها بالنكاح كالديون ونحو ذلك؟." (١)

"فإذا تعارض دليلا الطلاق وجب وقوعه؛ لأن الأصل حرمة الوطء. وإذا تعارض دليلا العتق وجب عدم وقوعه؛ لأن الأصل عصمة الملك.

فإن قيل: لو طلقت بذلك لوقع الطلاق بشرط سابق على النكاح. ولا خلاف أنه لو قال لأجنبية: إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت لم تطلق. فكذلك يجب أن يكون هاهنا.

قيل: الفرق بين هذا وبين الأجنبية أن النكاح الثاني مبني على الأول في عدد الطلقات، وسقوط اعتبار العدد. وبهذا فرق صاحب **المغني** فيه بين الطلاق والملك.

وأما كون الصفة تعود رواية واحدة إذا لم توجد حال البينونة؛ فلأن اليمين لم تنحل بكون الدخول في حال البينونة لم يوجد. فإذا وجدت الصفة بعد التزويج وجب أن يعمل عليها؛ كما لو لم تكن بينونة.." (٢)

"وأما كون الإلقاء في ماء يغرقه أو نار لا يمكنه التخلص منها عمدا؛ فلأن الموت حصل بعد فعل يغلب على الظن إسناد القتل إليه. فوجب كونه عمدا؛ لما تقدم.

وأما قول المصنف رحمه الله: في ماء يغرقه أو نار لا يمكنه التخلص منها؛ فتنبيه على أن الماء إذا كان لا يغرق مثله والنار يمكن التخلص منها لا يكون عمدا لأن ذلك لا يقتل غالبا. أشبه ما لو ضربه بمثقل صغير في موضع لا يقتله مثله غالبا.

قال: (الخامس: خنقه بحبل أو غيره، أو سد فمه وأنفه، أو عصر خصيتيه حتى مات).

أما كون الخامس مما ذكر ما ذكر؛ فلأنه يلي الرابع.

وأما كون كل واحد من الخنق وسد الفم مع الأنف وعصر الخصيتين عمدا؛ فلأن ذلك يقتل مثله غالبا. أشبه ما تقدم.

وأما قول المصنف رحمه الله: أو سد فمه وأنفه فظاهره أنه يعتبر سد الفم والأنف جميعا. وهو صحيح لأن الحياة في الغالب لا تفوت إلا بسدهما. وأنه لا فرق في السد والعصر بين طول المدة وقصرها.

وقال في **المغني**: إن فعل ذلك في مدة يموت في مثلها غالبا فمات فهو عمد فيه القصاص. ولا بد من ذلك؛ لأن المدة متى كانت يسيرة لا يغلب على الظن أن الموت حصل به.

---

(١) الممتع ٧٦٩/٣

(٢) الممتع ٧٧٣/٣

قال: (السادس: حبسه ومنعه الطعام والشراب حتى مات جوعا وعطشا في مدة يموت في مثلها غالبا).
أما كون السادس مما ذكر ما ذكر؛ فلأنه يلي الخامس.
وأما كون الحبس والمنع من الطعام والشراب حتى يموت جوعا وعطشا في المدة المذكورة عمدا؛ فلأن الله تعالى أجرى العادة بالموت عنده فإذا تعمده الإنسان فقد تعمد القتل.
وأما كون ذلك في مدة يموت في مثلها غالبا؛ فلأن الناس يختلفون في ذلك لأن الزمان إذا كان شديد الحر وكان الإنسان جائعا مات في الزمن القليل، وإذا كان شبعانا والزمان معتدل أو بارد لم يمت إلا في الزمان الطويل.." [1]

"قال: (الثاني: أن يقتل في دار الحرب من يظنه حربيا ويكون مسلما، أو يرمى إلى صف الكفار فيصيب مسلما ،أويتترس من الكفار بمسلم ويخاف على المسلمين إن لم يرمهم فيرميهم فيقتل المسلم: فهذا فيه الكفارة وفي وجوب الدية على العاقلة روايتان).
أما كون الثاني من ضربي الخطأ: أن يقتل في دار الحرب ... إلى قوله: فيقتل المسلم فلا خلاف فيه. قاله المصنف رحمه الله في **المغني**.
وأما كون قتل من يظنه حربيا ويكون مسلما فيه الكفارة؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء: ٩٢].
وأما كون وجوب الدية على العاقلة فيه روايتان؛ فلأن النظر إلى أن الله تعالى صرح في أول الآية بالكفارة والدية وذكر هنا الكفارة دون الدية يقتضي عدم وجوب الدية، والنظر إلى عموم قوله: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢]، وعموم قوله: «ألا! إن في قتل خطأ العمد مائة من الإبل» (١) يقتضي وجوبها.
والأولى أصح (٢)؛ لما ذكر.
والخطأ المذكور لم يدخل فيما تقدم؛ لأنه صرح بذكره (٣) وجعله قسما مفردا، والخبر مخصوص بقوله: ﴿فإن كان من قوم عدو لكم﴾ [النساء: ٩٢].
وأما كون قتل المسلم في بقية ما ذكر فيه الكفارة وفي وجوب الدية على العاقلة روايتان؛ فلأنه يساوي ما تقدم معنى فكذا يجب أن يكون حكما.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

---

(١) الممتع ٤/١١

(٢) ساقط من أ.

(٣) في أ: ولأنه صرح بذلك.." [١]

"قال: (وكل من ورث المال ورث القصاص على قدر ميراثه من المال حتى الزوجين وذوي الأرحام. ومن لا وارث له وليه الإمام إن شاء اقتص وإن شاء عفى).

أما كون كل من ورث المال ورث القصاص حتى الزوجين وذوي الأرحام؛ فلأن القصاص أحد بدلي النفس. فكان موروثا لمن يرث المال؛ كالدية. وفي الحديث: «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ورث زوجة أشيم من دية زوجها» (١).

وأما كون من لا وارث له وليه الإمام؛ فلأن الإمام ولي من لا ولي له.

وأما كون الإمام له الخيرة في القصاص والعفو؛ فلأن ذلك شأن الولي.

إذا ثبت ما ذكر فظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أن للإمام العفو على غير مال؛ لأنه أطلق العفو.

وقال في **المغني**: وإن أحب العفو إلى غير مال لم يملكه؛ لأن ذلك للمسلمين ولا حظ لهم في هذا. ولم يحك فيه خلافا.

فعلى هذا يجب حمل كلامه هنا على العفو على مال حملا لمطلق كلامه هنا على مقيده في **المغني** مع موافقة ا لدليل. وذلك أن خيرة الإمام هنا خيرة مصلحة لأنه نائب المسلمين. بخلاف خيرة الولي من الورثة فإنها لا تعتمد ذلك. وقد تقدم في غير موضع أن خيرة الإمام خيرة مصلحة فليكن هاهنا كذلك. وإذا كانت خيرة مصلحة لم يصح العفو على غير مال لعدم المصلحة فيه.

فإن قيل: لو رأى الإمام المصلحة في ترك خراج إنسان جاز. فما الفرق؟

قيل: العدول عن القصاص إنما جاز لكون المصلحة للمسلمين في الدية، وعند تحقق المصلحة في الدية يمتنع أن تكون المصلحة في تركها. وعلى تقدير تصور المصلحة في ذلك الفرق بينهما أن الدية بدل متلف فلو جاز تركها لأدى إلى هدر كون التلف موجبا وذلك منتف.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٢٧) ٢: ١٢٩ كتاب الفرائض، باب: في المرأة ترث من دية زوجها.." [٢]

---

(١) الممتع ٢٠/٤

(٢) الممتع ٥٢/٤

"قال: (فإن ادعت الحمل احتمل أن يقبل منها فتحبس حتى يتبين أمرها، واحتمل أن لا يقبل إلا ببينة).

أما كون من ذكرت يحتمل (١) أن يقبل قولها؛ فلأنه يحتمل، وللحمل أمارات خفية لا تعلمها إلا هي. فوجب قبول قولها فيه؛ كالحيض. فلهذا تحبس حتى يتبين أمرها لأن ذلك طريق إلى تبينه وهو مطلوب شرعا.

وأما كونها يحتمل أن لا يقبل قولها إلا ببينة؛ فلأن الحق حال عليها. فلم يجز تأخيره بدعواها؛ كسائر الحقوق.

قال: (وإن اقتص من حامل وجب ضمان جنينها على قاتلها. وقال أبو الخطاب: يجب على السلطان الذي مكنه من ذلك).

أما كون من اقتص من حامل يجب ضمان جنينها على قاتلها على قول غير أبي الخطاب؛ فلأنه هو المباشر.

وأما كونه يجب على السلطان على قول أبي الخطاب؛ فلأنه مكنه من الإتلاف. فاختص به الضمان؛ كما لو أمر عبده الجاهل بتحريم القتل: به.

إذا تقرر مأخذ الوجهين فلجريان الخلاف المذكور شرط وهو جهل الولي والسلطان بالحمل. فلو علمه السلطان وحده فالضمان عليه دون القاتل؛ لأن السلطان غير معذور. بخلاف القاتل فلو علمه القاتل وحده فالضمان عليه دون السلطان؛ لأنه هو المتلف ولم يسلطه السلطان على إتلاف الحمل؛ لأنه غير عالم به. [ولو علم كل واحد منهما به فالضمان على السلطان؛ لأنه هو الممكن والذي يعرف الأحكام والقاتل] (٢) يرجع إلى حكمه واجتهاده. هكذا ذكره المصنف في **المغني** إلا أنه ذكر بدل لفظة: السلطان: الحاكم.

---

(١) في أ: أما قوله: فإن ادعت الحمل احتمل.

(٢) ساقط من أ.." [(١)]

"في اليد؛ لأن ذلك فوق حق المجني عليه. وهل يجزئ في مثل أصابعه؟ فيه وجهان: مأخذهما ما تقدم فيما إذا قطع يد شخص من نصف كفه أو نصف ذراعه (١).

وأما كون عين صحيحة لا تؤخذ بقائمة؛ فلانتفاء استواؤهما في الصحة، وهو شرط لما تقدم.

---

(١) الممتع ٤/٥٥

ولأن في (٢) أخذ الصحيحة بالقائمة أخذا (٣) لأكثر من الحق، وذلك لا يجوز.
وأما كون لسان ناطق لا يؤخذ بأخرس؛ فلانتفاء الكمال، وهو شرط لما تقدم.
ولأن اللسان ذهبت منفعته. فهو كاليد الشلاء.
وأما كون ذكر صحيح لا يؤخذ بأشل؛ فلما ذكر في أخذ اليد الصحيحة بالشلاء.
وأما كون ذكر فحل لا يؤخذ بذكر خصي ولا عنين على المذهب وهو قول الشريف؛ فلأنه لا منفعة فيهما؛ لأن كل واحد [من الخصي والعنين لا يولد له ولد ولا ينزل ولا يكاد يقدر على الوطء. فهما كالأشل.
ولأن كل واحد] (٤) منهما ناقص. فلا يؤخذ به الكامل؛ كاليد الكاملة بالناقصة.
وأما كونه يحتمل أن يؤخذ بهما وهو قول أبي الخطاب؛ فلأنهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان. فيؤخذ بهما؛ كذكر الفحل غير العنين. وكون الخصي لا ينزل لذهاب الخصية والعنة لعلة في الظهر. فلم يمنع ذلك من القصاص بهما؛ كأذن الأصم ومارن الأخشم.
قال المصنف في **المغني**: والصحيح الأول لأنه إذا ترددت الحال بين كونه مساويا للآخر وعدمه لم يجب القصاص؛ لأن الأصل عدمه. فلا يجب بالشك.

---

(١) ر ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..
(٢) ساقط من أ.
(٣) مثل السابق.
(٤) مثل السابق.." [1]

"وأما قول المصنف رحمه الله: إلا مارن الأشم ... إلى آخره؛ فهو استثناء من استوائهما في الصحة والكمال.
فإن قيل: القول المذكور إنما يعقب قوله: يحتمل أن يؤخذ بهما. فلم لم يعد إليه؟
قيل: لوجهين: أحدهما: أنه لا يتناول ما ذكر؛ لأن الضمير في قوله: بهما عائد إلى ذكر الخصي والعنين.
وثانيهما: أن الاستثناء من الإثبات نفي. وقوله: يؤخذ بهما إثبات والمستثنى مثبت بدليل أنه قال: إلا مارن الأشم الصحيح يؤخذ.
فعلى ما ذكر أولا يكون المعنى أن استواءهما المذكور شرط إلا في أشياء:

---

(١) الممتع ٤/ ٨١

أحدها: أن مارن الأشم هل يؤخذ بمارن الأخشم؟ وهو: الذي لا يشم به. فيه وجهان:

أحدهما: يؤخذ به؛ لأن عدم الشم لعلة في الدماغ والمارن صحيح. فوجب أخذ الأشم به؛ لأنه مثله في كونه صحيحا.

فإن قيل: إذا استويا في الصحة فلا حاجة إلى استثنائهما؛ لأن الشرط استواؤهما وهو موجود.

قيل: هو بالنظر إلى فوات الشم غير مساو. فنبه المصنف رحمه الله على أن ذلك لا أثر له، وذكره بلفظ الاستثناء نظرا إلى ذلك.

والثاني: لا يؤخذ به لأن منفعة الشم قد ذهبت. فهو بالنسبة إلى الأشم كاليد الصحيحة مع الشلاء.

وثانيها: أن المارن الصحيح هل يؤخذ بالمخزوم؟ فيه وجهان:

أحدهما: يؤخذ به كمارن الأشم.

والثاني: لا يؤخذ به لأنه لا يماثله وهذا أصح لما ذكر ولذلك لم يحك المصنف رحمه الله في **الكافي** في ذلك خلافا وذكر في **المغني** بدل المخزوم المخذوم (١). وعلل الأخذ وعدمه بما يأتي في المستحشف.

وثالثها: أن المارن الصحيح هل يؤخذ بالمستحشف؟ فيه وجهان:

---

(١) ساقط من د.." (١)

"قال: (وإن أركب (١) صبيين لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتا فعلى عاقلته ديتهما).

أما كون دية الصبيين المذكورين على عاقلة من أركبهما؛ فلأن من أركبهما تعدى بإركابه من لا ولاية له عليه وتصادمهما وركوبهما وهما مما لا يعتبر فعلهما. فوجب إضافة القتل إلى من أركبهما وهو خطأ فلزم كون ديتهما على عاقلة من أركبهما؛ كما لو قتل خطأ.

وأما كون ما ذكر يشترط فيه أن يكون الراكبان صبيين، وأن يكون من (٢) أركبهما لا ولاية له عليهما؛ فلأنه لو أركب صبيين له عليهما ولاية لم يضمنهما هو ولا عاقلته لأنه إركاب مأذون فيه. فلم يترتب عليه ما يترتب على المتعدي.

قال: (وإن رمى ثلاثة بمنجنيق فقتل الحجر إنسانا فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته. وإن قتل أحدهم ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يلغى فعل نفسه وعلى عاقلة صاحبيه ثلثا الدية.

---

(١) الممتع ٤/٨٢

والثاني: عليهما كمال الدية.

والثالث: على عاقلته ثلث الدية لورثته وثلثاها على عاقلة الآخرين. وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم).

أما كون ثلث دية الإنسان المقتول بالحجر على عاقلة كل واحد ممن ذكر؛ فلأن قتله حصل بفعل الثلاثة. فوجب تثليث الدية على العاقلة.

وأما كون أحدهم إذا قتله الحجر يلغي فعل نفسه في وجه فقياس على المتصادمين وقد تقدم ذكره.

فعلى هذا يجب كمال الدية على عاقلة صاحبيه. صرح بذلك المصنف رحمه الله في **المغني** ولم يرتب المصنف رحمه الله على إلغاء فعل نفسه كمال الدية بل رتب عليه وجوب ثلثي الدية على عاقلة صاحبيه.

[ولا أعلم له وجها بل وجه إيجاب

---

(١) في أ: ركب.

(٢) في د: ممن.." (١)

"ثلثي الدية على عاقلة صاحبيه] (١) أن يجعل ما قابل فعل المقتول ساقطا لا يضمنه أحد لأنه شارك في إتلاف نفسه. فلم يضمن ما قابل فعله؛ كما لو شارك في قتل بهيمته أو عبده. وهذا صرح به المصنف رحمه الله في **المغني** ونسبه إلى القاضي.

وأما كون كمال الدية على عاقلة صاحبيه في وجه؛ فلما مر.

وأما كون ثلث دية المقتول على عاقلته لورثته، وثلثيها على عاقلة الآخرين في وجه: أما الأول فمبني على أن من قتل نفسه خطأ تجب الدية على عاقلته لورثته. وأما الثاني؛ فلأن العاقلة إذا تحملت ثلث الدية بقي ثلثاها على عاقلة الآخرين.

فإن قيل: ما الصحيح من الوجوه الثلاثة؟

قيل: قال أبو الخطاب: قياس المذهب الأول.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: ما ذكر القاضي أحسن وأصح وقد روي عن علي نحوه في مسألة القارصة والقامصة والواقصة.

قال الشعبي: «وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارين فركبت إحداهن على عنق الأخرى. وقرصت الثالثة

---

(١) الممتع ٤/١٠٢

المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت. فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقضى بالدية أثلاثا على عواقلهن» (٢). وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة؛ لأنها أعانت على قتل نفسها وهذه شبيهة بمسألتنا.

ولأن المقتول مشارك في القتل. فلم تكمل الدية على شريكيه؛ كما لو قتلوا واحدا من غيرهم. هذا كله نص المصنف رحمه الله في **المغني**.

وأما كون الدية حالة في أموالهم إذا كانوا أكثر من ثلاثة: أما كونها حالة؛ فلأنها متى وجبت على القاتل كانت حالة لما تقدم في باب العفو عن القصاص (٣).

وأما كونها في أموالهم؛ فلأن العاقلة لا تحمل ما دون الثلث لما يأتي (٤) إن شاء الله تعالى (٥).

---

(١) ساقط من أ.

(٢) ر. الشرح الكبير ٩: ٤٩٤.

(٣) ص: ٩٧.

(٤) ص: ١٨٧.

(٥) زيادة من أ.." [1]

"فإن قيل: ما الصحيح من ذلك؟

قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله أن الرواية الأولى أصح. وصرح به في **المغني** لأن عدم إيجاب النبي صلى الله عليه وسلم على عاقلة ابن الأكوع شيئا يدل عليه لا سيما وقد اعتضد بأن العلة المقتضية للإيجاب على العاقلة منتفية.

وقال القاضي: أظهرهما -يعني أظهر الروايتين- الوجوب على العاقلة لقضاء عمر لا سيما ولم يعرف له مخالف (١) فيكون إجماعا.

قال: (وإن نزل رجل بئرا فخر عليه آخر فمات الأول من سقطته فعلى عاقلته ديته. وإن سقط ثالث فمات الثاني به فعلى عاقلته ديته. وإن مات الأول من سقطتهما فديته على عاقلتهما).

أما كون دية الأول على عاقلة الثاني؛ فلأن الأول مات من سقوط الثاني فيكون هو قاتله. فوجبت الدية على عاقلته؛ كما لو باشره بالقتل خطأ.

---

(١) الممتع ٤/١٠٣

وأما كون دية الثاني على عاقلة الثالث؛ فلأن فعل الثالث بالثاني كفعل الثاني بالأول، وقد وجبت دية الأول على عاقلة الثاني فكذا تجب دية الثاني على عاقلة الثالث.

وأما كون دية الأول على عاقلتي الثاني والثالث إذا مات من سقطتهما؛ فلأن موت الأول حصل بفعلهما القاتل خطأ. فوجب توزيع ديته على عاقلتهما.

قال: (فإن كان الأول جذب الثاني وجذب الثاني الثالث فلا شيء على الثالث وديته على الثاني في أحد الوجهين، وفي الثاني على الأول والثاني نصفين ودية الثاني على الأول).

أما كون الثالث لا شيء عليه؛ فلأن وقوعه حصل بجذب الثاني فلا أثر له في قتل أحد.

وأما كون ديته على الثاني في وجه؛ فلأنه جذبه وباشره، والمباشرة تقطع حكم السبب؛ كالحافر مع الدافع.

---

(١) في أ: مخالفا.." (١)

"وأما كونها على الأول والثاني نصفين في وجه؛ فلأن الأول جذب الثاني الجاذب للثالث فصار مشاركا للثاني في إتلاف الثالث.

وأما كون دية الثاني على الأول؛ فلأنه جذبه من غير مشارك له في ذلك.

فإن قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله أن الدية على من ذكر لا على عاقلتهم، وصرح في **المغني** أن دية الثالث على عاقلة الثاني أو على عاقلته وعاقلة الأول نصفين وأن دية الثاني على عاقلة الأول.

قيل: قال صاحب النهاية فيها بعد ذكره المسألة: هذا عمد خطأ. وهل يجب في مال الجاني أو على العاقلة؟ فيه خلاف بين الأصحاب. فلعل المصنف رحمه الله ذكر أحد الوجهين هنا والآخر في **المغني**.

قال: (وإن كان الأول هلك من وقعة الثالث احتمل أن يكون ضمانه على الثاني، واحتمل أن يكون نصفها على الثاني وفي نصفها الآخر وجهان).

أما كون ضمان الأول المذكور يحتمل أن يكون على الثاني؛ فلأن هلاكه حصل بجذبه وجذب الثاني وفعله ملغى كالمتصادمين فتعين إضافة التلف إلى الثاني.

وأما كون نصف الدية يحتمل أن تكون على الثاني؛ فلأن الهلاك حصل بفعله وفعل غيره.

وأما كون نصف الدية فيه وجهان؛ فلأنه متسبب عن (١) جنايته على نفسه وقد تقدم في جناية الإنسان على نفسه الروايتان المتقدم ذكرهما في موضعه.

---

(١) الممتع ٤/ ١٠٥

قال: (وإن خر رجل في زبية أسد فجذب آخر وجذب الثاني ثالثا وجذب الثالث رابعا فقتلهم الأسد: فالقياس أن دم الأول هدر وعلى عاقلته دية الثاني وعلى عاقلة الثاني دية الثالث وعلى عاقلة الثالث دية الرابع. وفيه وجه آخر: أن دية الثالث على عاقلة الأول والثاني نصفين ودية الرابع على عاقلة الثلاثة أثلاثا. وروي عن علي أنه قضى للأول بربع الدية وللثاني بثلثها وللثالث بنصفها

---

(١) في أ: على.." [1]

"قال: (ومن اضطر إلى طعام إنسان أو شرابه وليس به مثل ضرورته فمنعه حتى مات ضمنه نص عليه. وخرج عليه أبو الخطاب كل من أمكنه إنجاء إنسان من هلكة فلم يفعل. وليس ذلك مثله).

أما كون من اضطر إلى طعام إنسان أو شرابه وليس بمالكه مثل ضرورته فمنعه منه حتى مات يضمنه على المنصوص؛ فلأن عمر رضي الله عنه قضى بذلك.

ولأنه إذا اضطر إليه صار المضطر أحق من مالكه وله (١) أخذه منه قهرا. فإذا منعه منه فقد تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه. فلزمه ضمانه؛ كما لو أخذ طعامه وشرابه فهلك بذلك.

وكلام المصنف رحمه الله مشعر بأشياء:

أحدها: أن الضمان يجب على المانع؛ لأنه أضاف الضمان إليه. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد ذكره المصنف رحمه الله في **المغني** وعلله بأنه تعمد الفعل الذي يقتل مثله غالبا.

وقال القاضي: هو على عاقلته؛ لأنه قتل لا يوجب القصاص فيكون شبه العمد.

وثانيها: أن يطلب المضطر ذلك من مالكه لأن قوله: فمنعه يدل عليه. فإن لم يطلبه من مالكه فمات لم يضمنه؛ لأنه لم يمنعه ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه.

وثالثها: أن لا يكون بمالكه مثل ضرورته. فإن كان به مثل ضرورته فطلبه منه فمنعه فمات لم يضمنه؛ لأنه لا يجب عليه بذل طعامه في تلك الحال. وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم: «ابدأ بنفسك ثم بمن تعول» (٢): تنبيه على ذلك.

---

(١) في أ: فله.

(٢) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرج البخاري في صحيحه عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) الممتع ٤/١٠٦

قال: «خير الصدقة ما كان على ظهر غنى، وابدأ بمن تعول». (٥٠٤١) ٥: ٢٠٤٨ كتاب النفقات، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال.." [١]

"مصيبتها قل عقلها. قال: هكذا السنة يا ابن أخي» (١). وهذا يقتضي سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم. رواه سعيد بن منصور.

فإن قلت: إذا بلغت جراح المرأة الثلث ما حكمه؟

قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه مساو لجراح الرجل؛ لأنه قال: فإذا زادت صارت على النصف. فاشترط في صيرورتها على النصف الزيادة والمتساوي ليس زائدا. وفي ذلك روايتان:

إحداهما: أنها مساوية؛ لأن الثلث لم يعتبر حد القلة ولذلك صحت الوصية به.

والرواية الثانية: أنها على النصف. قاله المصنف رحمه الله في **المغني**. وهو الصحيح؛ لقوله عليه السلام: «حتى يبلغ الثلث» (٢) و"حتى" للغاية. فيجب أن تكون مخالفة لما قبلها؛ لقوله تعالى (٣): ﴿حتى يعطوا الجزية﴾ [التوبة: ٢٩].

ولأن الثلث في حد الكثرة؛ لقوله عليه السلام: «والثلث كثير» (٤).

قال: (ودية الخنثى المشكل نصف دية ذكر ونصف دية أنثى. وكذلك أرش جراحه).

أما كون دية الخنثى المشكل نصف دية ذكر ونصف دية أنثى؛ فلأن ميراثه كذلك. فكذلك ديته.

وأما كون أرش جراحه كذلك؛ فلأن الجراح كالتابع للقتل. فإذا وجب في القتل نصف دية ذكر ونصف دية أنثى. فلأن تجب في أرش الجراح كذلك بطريق الأولى.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ ٢: ٦٥٥ كتاب العقول، باب ما جاء في عقل الأصابع.

(٢) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٣) في الأصول: لقوله عليه السلام.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٩١) ٣: ١٠٠٦ كتاب الوصايا، باب أن يترك ورثته أغنياء ...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٨) ٣: ١٢٥٠ كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث.." [٢]

---

[١] الممتع ٤/١٠٨

[٢] الممتع ٤/١١٩

"باب ديات الأعضاء ومنافعها

قال المصنف رحمه الله: (ومن أتلف ما في الإنسان منه شيء واحد ففيه الدية. وهو: الذكر، والأنف، واللسان الناطق، ولسان الصبي الذي يحركه بالبكاء).

أما كون من أتلف ما في الإنسان منه شيء واحد عليه فيه الدية؛ فلأن إتلاف ذلك إذهاب منفعة الجنس، وإذهابها كإتلاف النفس، وإتلاف النفس فيه الدية. فكذلك ما هو في معناه، وفي كتاب عمرو بن حزم «وفي الذكر الدية، وفي الأنف إذا أوعب جدعا الدية، وفي اللسان الدية» (١).

وأما قول المصنف رحمه الله: وهو الذكر ... إلى آخره؛ فبيان لما في الإنسان منه شيء واحد.

فإن قيل: لم يساوى لسان الصبي الذي يحركه بالبكاء لسان الناطق؟

قيل: لعموم الحديث.

ولأن لسان الصبي متأهل لأن يتكلم به صاحبه. فوجب فيه الدية كاملة؛ كاللسان الناطق.

وتقييد المصنف رحمه الله اللسان بأحد الشيئين مشعر بأن الدية لا تجب في لسان الأخرس. وهو صحيح صرح به في **المغني.**

ووجهه بأن منفعته المقصودة قد ذهبت. أشبه اليد الشلاء.

قال (٢): ([وما فيه منه شيئان ففيهما الدية، وفي أحدهما نصفها؛ كالعينين، والأذنين، والشفتين] (٣)، واللحيين، وثديي المرأة، وثندوتي الرجل،

---

(١) سبق تخريجه ص: ١١٢

(٢) في د: وقال.

(٣) ساقط من أ.." (١)

"وأما كون الظفر فيه خمس دية (١) الإصبع؛ فلأن ... (٢).

قال: (وفي كل سن خمس من الإبل إذا قلعت ممن قد ثغر (٣) والأضراس والأنياب؛ كالأسنان. ويحتمل أن يجب في جميعها دية واحدة).

أما كون كل سن فيها خمس من الإبل على المذهب؛ فلأن في كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم: «في السن خمس من الإبل» (٤). رواه النسائي.

---

(١) الممتع ٤/١٣٧

وعن عمرو بن شعيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «في الأسنان خمس خمس (٥») (٦). رواه أبو داود.

فعلى هذا يجب في جميعها مائة وستون بعيرا لأنها اثنان وثلاثون.

وأما كونه يحتمل أن يجب في جميعها دية واحدة؛ فلأنها ذو عدد تجب فيه الدية. فلم يزد (٧) على الدية؛ كالأصابع والأجفان وسائر ما في الإنسان منه شيء واحد.

ولأنها تشتمل على منفعة جنس. فلم تزد ديتها على الدية؛ كسائر منافع الجنس. وهذا الاحتمال ذكره المصنف رحمه الله في **المغني** رواية.

والأول أولى؛ لأن دليل الثانية قياس في مقابلة النص فلا يصح.

فإن قيل: ما معنى ممن ثغر ولم اشترط ذلك؟

قيل: معناه ممن أبدل أسنانه وبلغ حدا إذا قلعت سنه لم يعد بدلها. وإنما اشترط ذلك؛ لأن من لم يبلغ ذلك العادة جارية بعود سنه. فلم تجب فيها في الحال شيء؛ كنتف شعره.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) بياض في الأصل مقدار ربع سطر.

(٣) في أ: بمن قد أثغر.

(٤) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٥) ساقط من د.

(٦) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٦٣) ٤: ١٨٩ كتاب الديات، باب ديات الأعضاء.

(٧) في أ: فلم يجب يزد.." [1]

"قال المصنف في **المغني**: قياس المذهب أن لا دية فيه لأنه لا يختلف في لسان الأخرس أنه لا تجب الدية فيه ولو وجب في الذوق الدية لوجبت في ذهابه فمع ذهاب اللسان بطريق الأولى.

قال: والصحيح إن شاء الله تعالى أنه لا دية منه لأن كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته لا تكمل في منفعته دونه. دليله سائر الأعضاء.

وأما كون الكلام كذلك أي تجب فيه دية كاملة؛ فلأن كل ما تعلقت الدية بإتلافه تعلقت بإتلاف منفعته.

---

(١) الممتع ٤/١٤٢

دليله اليد.
وأما كون العقل كذلك أي تجب فيه دية كاملة؛ فلأن في كتاب عمرو بن حزم: «وفي العقل الدية» (١).
ولأن العقل أكبر المعاني قدرا وأعظم الحواس نفعا فإن به يتميز من البهيمة ويعرف به صحة (٢) حقائق المعلومات ويهتدي به إلى المصالح ويدخل به في التكليف. وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات وأداء العبادات. فكان بإيجاب الدية أحق من بقية الحواس.
وأما كون المشي كذلك أي يجب فيه ديۃ كاملة؛ فلأن في كتاب عمرو بن حزم: «وفي الصلب الدية» (٣).
ولأن في المشي منفعة مقصودة. أشبه الكلام.
وأما كون الأكل كذلك أي تجب فيه دية كاملة؛ فلأنه قول علي رضي الله عنه.
ولأن النكاح نفع مقصود. أشبه ذهاب المشي (٤).

---

(١) ليس هذا في نسخة عمرو بن حزم. وقد ذكره البيهقي في السنن الكبرى عن معاذ بن جبل مرفوعا لفظ: «وفي العقل مائة من الإبل» ٨: ٨٦ كتاب الديات، باب ذهاب العقل من الجناية. وقال: وروينا عن عمر، وزيد بن ثابت مثله.
(٢) إلى هنا نهاية السقط من د.
(٣) سبق تخريجه ص: ١١٢.
(٤) كذا في الأصول.." [١]

"عجلة أو تمتمة، أو نقص مشيه، أو انحنى قليلا، [أو تقلصت شفته بعض التقلص، أو تحركت سنه، أو ذهب اللبن من ثدي المرأة ونحو ذلك] (١): ففيه حكومة).
أما كون نقص شيء مما ذكر إن علم بقدره؛ فلأن ما وجب في جميع الشيء وجب في بعضه بقدره؛ كإتلاف الأموال.
وأما قول المصنف رحمه الله: مثل نقص العقل بأن يجن يوما ويفيق يوما ... إلى آخره؛ فبيان للنقص المعلوم قدره.
فعلى هذا يجب فيما ذكر نصف الدية؛ لأن ذلك ذهاب نصف العقل، ويجب في ذهاب ضوء إحدى

---

(١) الممتع ١٥٢/٤

العينين نصف الدية؛ لأن ذلك نصف البصر، ويجب في ذهاب سمع إحدى الأذنين نصف الدية؛ لأن ذلك نصف السمع.

وأما كون بعض الكلام فيه بالحساب؛ فلأنه يساوي ما تقدم معنى فكذا يجب أن يكون حكما.

وأما كون ذلك يقسم على ثمانية وعشرين حرفا؛ فلأن لكل حرف باللسان تعلقا: إما لأنه فيه، وإما لأن ما ليس فيه لا ينتفع به إلا مع الحرف اللساني.

وأما كونه يحتمل أن يقسم على الحروف التي للسان فيها عمل دون الشفوية؛ فلأن الجناية صادفت اللسان. فوجب أن يعتبر ما له عمل فيها.

فإن قيل: لم سقطت لا من الحساب [على الأول؟ وما الحروف التي للسان فيها عمل] (٢)؟

قيل: أما سقوط لا من الحساب؛ فلأن (٣) مخرجها مخرج الألف واللام. وأما الحروف التي للسان فيها عمل فقال المصنف رحمه الله في **المغني**: الحروف الشفوية أربعة: الباء والميم والفاء والواو، والحروف الحلقية: الهمزة والهاء والحاء والخاء والعين والغين. فهذه عشرة بقي ثمانية عشر.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) مثل السابق.

(٣) في أ: قيل لأن.." [(١)]

"أكثر من أرش الموضحة، وذلك غير جائز؛ لأن الموضحة [أكبر من ذلك، والشين بها أعظم، والمحل واحد.

ومثل: أن يجرح إصبعا فيبلغ] (١) أرشه أكثر من عشر الدية فلا يجب أكثر من عشرها؛ لأن دية الإصبع عشر من الإبل، وذلك عشرها.

ومثل: أن يجرح أنملة فيبلغ أرشه أكثر من ثلاثة [وثلث من الإبل؛ لأن ذلك هو دية لأنملته.

إذا تقرر هذا فظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا يبلغ] (٢) به أرش المقدر أيضا والذي تقدم هو قول الخرقي ولفظه: فلا يجاوز به أرش المؤقت وصرح به المصنف رحمه الله في **المغني** فقال: إذا شجه دون الموضحة فبلغ أرش الجراح بالحكومة أكثر من أرش الموضحة لم يجب الزائد.

قال: (وإن كانت مما لا تنقص شيئا بعد الاندمال قومت حال جريان الدم فإن لم تنقص شيئا بحال أو

---

(١) الممتع ٤/١٥٤

زادته حسنا فلا شيء فيها).

أما كون المجني عليه يقوم حال جريان الدم إذا كانت الجناية لا تنقص شيئا حال الاندمال؛ فلأنه لا بد من نقص لأجل الجناية. فإذا كان التقويم بعد الاندمال ينفي ذلك وجب أن يقوم في حال جريان الدم ليحصل النقص.

وأما كون الجناية لا شيء فيها إذا لم تنقص شيئا بحال أو زادته (٣) حسنا؛ فلأن الوجوب من أجل النقص ولم يوجد.

فعلى هذا لو حلق لحية امرأة لم يجب فيه شيء.

وقال أبو الخطاب: تقوم كأنها رجل له لحية ثم تقوم كأنها رجل ذهبت لحيته. فما نقص وجب قسط ذلك من ديتها؛ لأن الجناية عليها جناية لا تنقص شيئا. فوجب اعتبارها بذلك؛ كتقويم الجرح حال جريان الدم إذا لم تنقص شيئا بعد الاندمال.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) مثل السابق.

(٣) في أ: زادت.." [1]

"قال المصنف رحمه الله في **المغني**: والأول أصح؛ لأن الجناية المذكورة لا مقدر فيها ولم تنقص شيئا. أشبهت الضرب.

ولأن لحية الرجل زين له، وعيب في المرأة وتقدير (١) العيب بالزين لا يصح.

---

(١) في د: وتقدر.." [2]

"باب العاقلة وما تحمله

العاقلة من يحمل العقل. والعقل الدية. وسميت عقلا؛ لأنها تعقل لسان ولي المقتول. وقيل: لأنها تمنع من الإقدام على الفعل. وقيل: إنما سميت العاقلة بذلك؛ لأنهم يمنعون عن القاتل. والعقل: المنع، ولهذا سمي بعض العلوم عقلا؛ لأنه يمنع من الإقدام على المضار.

---

(١) الممتع ٤/١٧٩

(٢) الممتع ٤/١٨٠

قال المصنف رحمه الله: (عاقلة الإنسان عصباته كلهم قريبهم وبعيدهم من النسب والولاء؛ إلا عمودي نسبه آباؤه وأبناؤه. وعنه: أنهم من العاقلة أيضا).

أما كون عصبة الإنسان كلهم غير عمودي النسب من العاقلة؛ فلا خلاف فيه.

فإن قيل: ظاهر كلام الخرقي أن في الأعمام روايتين؛ كالولد (١).

قيل: قد صرح غيره من الأصحاب بأن العمومة من العصبة بكل حال.

وقال صاحب **المغني** فيه: لا أعلم غيره خلافا.

وأما كون عمودي النسب وهم الآباء والأبناء ليسا من العاقلة على المذهب؛ فلما روى أبو هريرة قال: «اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها. فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم» (٢) متفق عليه.

وفي رواية: «فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثها لبنتها، والعقل على العصبة» (٣). رواه أبو داود والنسائي.

---

(١) في د: كالوالد.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٨.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤٥٧٦) ٤: ١٩٢ كتاب الديات، باب دية الجنين.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٨١٨) ٨: ٤٨ كتاب القسامة، باب: دية جنين المرأة.." [١]

"و «لأن رجلا قتل في زحام في زمن عمر رضي الله عنه فلم يعرف قاتله. فقال علي رضي الله عنه لعمر: يا أمير المؤمنين! لا تطل دم امرئ مسلم. فأدى ديته من بيت المال» (١).

ولأن المسلمين يرثون من لا وارث له. فيعقلون عنه عند عدم عاقلته؛ كعصبته ومواليه.

وعن الإمام أحمد: لا يؤخذ من بيت المال شيء؛ لأن بيت المال فيه حق للنساء والصبيان والمجانين ومن لا عقل عليه. فلم يجز صرفه فيما لا يجب عليهم.

ولأن العقل على العصبات وليس بيت المال عصبة ولا هو كعصبة.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله في **المغني** تصحيح هذه الرواية؛ لأنه ذكر أدلة الأولى وأجاب عن إرث

---

(١) الممتع ٤/١٨١

المسلمين بالمنع. وأن صرف المال إلى بيت المال إنما هو على أنه فيء، ولهذا يؤخذ من مال من لا وارث له من (٢) أهل الذمة.

وأما كون القاتل لا شيء عليه على المذهب إذا لم يمكن الأخذ من بيت المال؛ فلأن الدية لزمت العاقلة ابتداء. بدليل أنه لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر رضاهم. فلم يجب على القاتل؛ لأنه غير من وجبت عليه.

وأما كونه يحتمل أن تجب في مال القاتل؛ فلعموم قوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢].

ولأن قضية الدليل وجوبها على الجاني جبرا للمحل الذي فوته، وإنما سقط عنه لقيام العاقلة أو بيت المال مقامه في الجبر. فإذا لم يوجد ذلك بقي واجبا عليه بمقتضى الدليل.

ولأن الأمر دائر بين أن يطل (٣) دم المقتول وبين إيجاب ديته على المتلف. والأول لا يجوز لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس أصول الشريعة فتعين الثاني.

ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له، وإيجاب الدية على القاتل خطأ له نظائر، وذلك في الصور التي ذكرها المصنف رحمه الله:

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢٧٨٤٨) ٥: ٤٤٥ كتاب الديات، الرجل يقتل في الزحام. نحوه.

(٢) في أ: ومن.

(٣) في أ: يظل.." (١)

"وأما كونها تحمله على قول الخرقي؛ فلما تقدم أول الباب في قوله: وإن كان شبه عمد.

قال: (وما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر لكن يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم. فيحمل كل إنسان منهم ما يسهل ولا يشق. وقال أبو بكر: يجعل على الموسر نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار (١). وهل يتكرر ذلك في الأحوال الثلاثة أو لا؟ على وجهين).

أما كون ما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر؛ فلأن التقدير من الشرع ولم يرد منه فيه شيء.

وأما كونه يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم؛ فلأنه لا نص فيه. فوجب الرجوع في تقديره إلى اجتهاد الحاكم؛ كتقدير النفقات.

وأما كون الحاكم يحمل كل إنسان من العاقلة ما يسهل ولا يشق على المذهب؛ فلأن التحمل المذكور على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه. فلا يخفف عن الجاني بما يثقل على غيره ويجحف به؛ كالزكاة.

---

(١) الممتع ٤/١٨٥

ولأن الإجحاف لو كان مشروعا كان الجاني أحق به؛ لأنه موجب جنايته وجزاء فعله. فإذا لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى.

وأما كونه يجعل على الموسر نصف دينار على قول أبي بكر؛ فلأنه أقل شيء يجب في زكاة الذهب. فكان معتبرا به في حقه.

وأما كونه يجعل على المتوسط ربع دينار على قوله أيضا؛ فلأن (٢) ما دونه تافه لكون اليد لا تقطع فيه.

وذكر المصنف رحمه الله في **المغني** قول أبي بكر رواية عن الإمام أحمد.

وأما كون ذلك يتكرر في الأحوال الثلاثة على وجه؛ فلأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة. فوجب تكريره بتكرر الحول؛ كالزكاة.

وأما كونه لا يتكرر على وجه؛ فلأن في إيجاب ذلك زيادة على نصف دينار، وذلك إيجاب لزيادة على أقل الزكاة. فيكون مضرا.

---

(١) في أ: وعلى المتوسط ربعا.

(٢) في د: فلأنه.." [(١)]

"ولأن الكفارة إذا وجبت في قتل الخطأ فلأن تجب في قتل العمد بطريق الأولى.

والأولى هي المشهورة في المذهب لأن الله تعالى ذكر القتل خطأ وأوجب فيه الكفارة. ثم ذكر قتل العمد ولم يوجب فيه كفارة، وذلك يدل على عدم الوجوب.

وروي «أن سويد بن الصامت قتل رجلا. فأوجب النبي صلى الله عليه وسلم القود ولم يوجب كفارة».

وروي «أن عمرو بن أمية الضمري قتل رجلين كانا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم فوداهما النبي صلى الله عليه وسلم ولم يأمره بكفارة».

وأما حديث واثلة فيحتمل أنه كان خطأ وسماه موجبا؛ لأنه فوت النفس بالقتل، ويحتمل أنه كان شبه العمد، ويحتمل أنه أمرهم بالإعتاق تبرعا.

وأما شبه العمد فذكر المصنف رحمه الله فيه هنا روايتين.

وقال (١) في **المغني**: تجب فيه الكفارة ثم قال: ولا أعلم لأصحابنا فيه قولا. لكن مقتضى الدليل ما ذكرنا؛ لأنه أجري مجرى الخطإ في نفس القصاص، وحمل العاقلة ديته، وتأجيلها في ثلاث سنين فجرى مجراه

---

(١) الممتع ٤/١٩٠

في وجوب الكفارة.

ولأن القاتل إنما لم يحمل شيئا من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه الكفارة تحمل من الدية لئلا يخلو القاتل عن وجوب شيء أصلا ولم يرد الشرع بهذا.

إذا علم مجموع كلام المصنف رحمه الله هنا وفي **المغني** اقتضى أمرين:

أحدهما: أن حكاية الروايتين في شبه العمد وقعت هنا سهوا.

وثانيهما (٢): أن القول بالوجوب فيه مأخوذ من الدلالة لا من النقل. وفيه نظر لأن المسألة منقولة في المستوعب وفي غيره من كتب الأصحاب. لكن المصنف رحمه الله احترز عن ذلك حيث قال: لا أعلم فإن ذلك نفي لعلمه لا لوجود

---

(١) في د: قال.

(٢) في أ: وثانيها.." [1]

"وأما كون القسامة لا تثبت إلا بشروط أربعة؛ فلما يأتي ذكره في كل واحد منها.

وأما كون أحد الشروط دعوى القتل؛ فلأن الأصل فيها حديث محيصة وحويصة، وذلك فيه دعوى القتل.

ولأن كل حق لآدمي لا يثبت لشخص إلا بعد دعواه أنه له، والقتل من الحقوق. فوجب أن يندرج تحت ذلك.

وأما قول المصنف رحمه الله: ذكرا كان المقتول أو أنثى، حرا أو عبدا، مسلما أو ذميا فراجع إلى أصل القسامة ليعلم أن القسامة تجري في ذلك كله: أما كونها تجري في الذكر؛ فلما تقدم من الحديث.

وأما كونها تجري في الأنثى؛ فلأن القصاص يجري فيها. فشرعت القسامة فيها؛ كالذكر.

وأما كونها تجري في الحر والمسلم؛ فلما تقدم من الحديث.

وأما كونها تجري في العبد والذمي؛ فلأن قتل العبد والذمي يوجب القصاص في المماثل له. فأوجب القسامة في ذلك؛ كالحر والمسلم.

فإن قيل: ظاهر إطلاق المصنف رحمه الله القسامة في قتل العبد والذمي من غير تقييد بـكون المدعى عليه القتل مماثلا أو غير مماثل يدل على القسامة مطلقا.

قيل: قال في **المغني**: إن كان مماثلا له شرعت القسامة وقد تقدم دليله، وإن كان غير مماثل (١) له فلا

---

(١) الممتع ٤/١٩٨

قسامة [فيه في ظاهر كلام الخرقي؛ لأن القسامة تكون فيما يوجب القود.

وقال القاضي: تشرع القسامة] (٢)؛ لأنه قتل آدمي يوجب الكفارة. فشرعت القسامة فيه؛ كقتل الحر المسلم.

ولأن ما كان حجة في قتل [الحر المسلم كان حجة في قتل] (٣) العبد والذمي؛ كالبينة. ثم قال: على الوجه الصحيح الأول.

---

(١) في أ: وإن اعتبر مماثلا.

(٢) ساقط من أ.

(٣) ساقط من د.." [1]

"قال: (ومتى ادعى القتل مع عدم اللوث عمدا فقال الخرقي: لا يحكم له بيمين ولا غيرها، وعن أحمد: أنه يحلف يمينا واحدة. وهي الأولى. وإن كان خطأ حلف يمينا واحدة).

أما كون المدعي لما ذكر مع ما ذكر لا يحكم له بيمين على قول الخرقي؛ فلأن المدعى به مما لا يجوز بذله. فلم يجب فيه يمين؛ كالحدود.

[ولأنه لا يقضى في هذه الدعوى بالنكول. فلم يستحلف فيها؛ كالحدود] (١).

وأما كونه لا يحكم له بغير اليمين؛ فلأن من شروط القسامة المرتب عليها القتل أو الدية وجود اللوث، وهو منتف هاهنا.

وذكر المصنف رحمه الله في **المغني** ما ذكره الخرقي رواية.

وأما كون المدعى عليه يحلف على ما روي عن الإمام أحمد؛ فلعموم قوله عليه السلام: «ولكن اليمين على المدعى عليه» (٢).

[وأما كون اليمين واحدة؛ فلأن قوله عليه السلام: «ولكن اليمين على المدعى عليه»] (٣): ظاهر في أنها يمين واحدة. وذلك من وجهين:

أحدهما: أنه وحد اليمين. فتنصرف إلى واحدة.

وثانيهما: أنه لم يفرق في اليمين المشروعة. فيدل على التسوية بين المشروعة في الدم والمال.

ولأنها يمين يعضدها الظاهر والأصل. فلم تغلظ؛ كسائر الأيمان.

---

(١) الممتع ٤/٢٠١

وأما كون الأولى ذلك؛ فلأن قوله عليه السلام: «لو يعطى الناس بدعواهم (٤) لادعى قوم دماء رجال وأموالهم»، و «لكن اليمين على المدعى عليه»: ظاهر في إيجاب اليمين لوجهين:

أحدهما: عموم اللفظ فيه.

---

(١) ساقط من د.

(٢) تكملة للحديث السابق وقد سبق تخريجه ص: ٢٠٣

(٣) ساقط من د.

(٤) في أ: بدعاويهم.." [1]

"قال: (فإن طلبوا أيمانهم فنكلوا لم يحبسوا. وهل تلزمهم الدية، أو تكون في بيت المال؟ على روايتين).

أما كون المدعى عليهم لا يحبسون إذا نكلوا عن اليمين؛ فلأنها يمين مشروعة في حق المدعى عليه (١). فلم يحبس عليها؛ كسائر الأيمان.

وعن الإمام أحمد: يحبسون حتى يحلفون (٢)؛ لأنها دعوى فحبس فيها بالنكول؛ كالمال.

وأما كون الدية (٣) تلزمهم على رواية؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم جعلها على اليهود في حديث سليمان بن يسار لما أبو أن يحلفوا (٤).

ولأنه حكم يثبت بالنكول. فثبت في حق الناكل؛ كسائر الدعاوي.

وأما كونها تكون في بيت المال على رواية؛ فلأنهم امتنعوا عن اليمين. أشبه المدعين (٥) إذا لم يرضوا بيمين المدعى عليه.

إذا علم الاختلاف في الدية والاقتصار على لزومها مشعر بأن القصاص لا يلزم بالنكول وصرح به في **المغني** وعلله بأنه حجة ضعيفة. فلم يستحق به الدم؛ كالشاهد واليمين.

---

(١) في د: عليهم.

(٢) في أ: يحلفوا.

(٣) في أ: النساء.

---

(١) الممتع ٤/٢٠٤

(٤) سبق ذكره وتخريجه ص: ٢١٠.

(٥) في د: يمين المدعين.." (١)

"وأما كونه يعزر على اختيار الخرقي وأبي (١) بكر؛ فلأنه وطء محرم لا حد فيه] (٢). وذكر المصنف رحمه الله في **المغني** هذين الوجهين روايتين.

وأما كون البهيمة تقتل؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «واقتلوها معه» (٣).

وأما كون الإمام أحمد كره أكل لحمها إن كانت مأكولة؛ فلاختلاف الناس في حل الأكل.

وأما كونه يحرم على وجه؛ فلأنه لحم حيوان وجب قتله لحق الله تعالى. فحرم أكله؛ كالفواسق الخمس.

وأما كونه لا يحرم على وجه؛ فلقوله تعالى: ﴿أحلت لكم بهيمة الأنعام﴾ [المائدة: ١]. مع سائر العمومات. ولأنه لحم حيوان يجوز أكله إذا ذبحه من هو من أهل الذكاة. فحل أكله؛ كغيره.

---

(١) في أ: وأبو.

(٢) ساقط من د.

(٣) سبق قريبا.." (٢)

"قال: (وإن شهدا (١) أنه زنى بها مطاوعة وشهد آخران أنه زنى بها مكرهة: لم تكمل شهادتهم. وهل يحد الجميع أو شاهدا المطاوعة؟ على وجهين. وعند أبي الخطاب: يحد الزاني المشهود عليه دون المرأة والشهود).

أما كون شهادة من ذكر لا تكمل على المذهب؛ فلأن فعل المطاوعة غير فعل المكرهة.

فعلى هذا لا يحد الرجل ولا المرأة المشهود عليهما؛ لأن الشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد عليهما.

وأما كون جميع الشهود يحدون على وجه؛ فلأنهم قذفوا الرجل.

وأما كون شاهدي (٢) المطاوعة يحدان على وجه؛ فلأنهما قذفا المرأة وشهدا عليها (٣) بالزنا ولم تكمل شهادتهم.

وأما كون الزاني يحد على قول أبي الخطاب؛ فلأنه شهد عليه أربعة، وذلك يوجب الحد.

وأما كون المرأة لا تحد؛ فلأنه لم يشهد عليها أربعة بزنى يوجب الحد؛ لأنه لا حد مع الإكراه.

---

(١) الممتع ٤/٢١٤

(٢) الممتع ٤/٢٤٠

قال: (فإن شهد أربعة فرجع أحدهم فلا شيء على الراجع، ويحد الثلاثة. وإن كان رجوعه بعد الحد فلا حد على الثلاثة، ويغرم الراجع ربع ما أتلفوه).

أما كون الراجع قبل الحد فيما ذكر لا شيء عليه؛ لأنه كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله.

وحكى المصنف رحمه الله رواية في **المغني** أنه يحد وصححها، ولم يذكر لذلك دليلا.

وأما كون الثلاثة تحد؛ فلأن رجوع الراجع ينقص عدد الشهود. فوجب أن يحدوا؛ كما لو كانوا كذلك في الابتداء.

وأما كون الثلاثة لا حد عليهم إذا كان رجوع الشاهد بعد الحد؛ فلأن الشهادة كملت واتصل بها الحكم. فلم يجب عليهم شيء؛ لعدم كونهم قذفة.

---

(١) في أ: شهد.

(٢) في أ: شاهدين.

(٣) في د: عليهما.." [١]

"شرائط الإحصان في المقذوف. وقد صرح بذلك المصنف رحمه الله في **المغني** فقال: إنما ملك الابن مطالبة القاذف؛ لأنه قدح في نسب الحي.

وأما قوله: إذا طالب الابن وكان حرا مسلما فشروط في حد القذف: أما الطلب؛ فلأنه حق من الحقوق فلا يستوفى بغير طلب مستحقه؛ كسائر الحقوق.

وأما حرية الابن وإسلامه؛ فلأن الحد وجب للقدح في نسبه. فإذا لم يكن كذلك لم يجب الحد.

ولأن القدح في نسب الحي ليس أسوأ حالا من نسبة الحي نفسه إلى الزنى، ولو قذف الحي بالزنى اعتبر حريته وإسلامه. فكذا هاهنا.

وأما كون الحد لا يجب بقذف ميتة على قول أبي بكر؛ فلأن الميتة لا تعير والحي لم يقدح فيه، وذلك شبهة يدرأ بها الحد.

ولأنه يحتمل أن الأم لو كانت حية لصدقته، وذلك شبهة توجب سقوط الحد.

قال: (وإن مات المقذوف سقط الحد، ومن قذف أم النبي صلى الله عليه وسلم قتل مسلما كان أو كافرا).

أما كون الحد يسقط إذا مات المقذوف؛ فلأن شرطه (١) مطالبة مستحقه به، وهي لا تتصور مع موته.

---

(١) الممتع ٤/٢٥٤

وأما كون من قذف أم النبي صلى الله عليه وسلم يقتل؛ فلأنه يكفر بقذفه لها؛ لما في ذلك من التعرض للقدح في النبوة الموجب للكفر.

وأما كون من فعل ذلك يقتل مسلما كان أو كافرا؛ فلاستوائهما في الموجب للقتل.

ولأن المسلم إذا قتل بذلك. فلأن يقتل الكافر بطريق الأولى.

---

(١) في أ: شروطه.." [1]

"باب حد المسكر

الأصل في تحريم ذلك الكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه -إلى قوله-: فهل أنتم منتهون﴾ [المائدة: ٩٠ - ٩١].

وأما السنة؛ فقول النبي عليه السلام: «كل مسكر خمر، وكل خمر حرام» (١). رواه أبو داود.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على تحريم ذلك.

فإن قيل: فقد روي عن قدامة بن مظعون وعمرو بن معدي كرب وأبي جندل بن سهيل أنهم قالوا: هي حلال.

قيل: قد رجعوا عن ذلك. نقله المصنف رحمه الله في **المغني**.

قال المصنف رحمه الله: (كل شراب أسكر كثيره فقليله حرام من أي شيء كان، ويسمى خمرا، ولا يحل شربه للذة ولا للتداوي ولا لعطش ولا غيره؛ إلا أن يضطر إليه لدفع لقمة غص بها فيجوز).

أما كون قليل ما أسكر كثيره حراما؛ فلما روى جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما أسكر كثيره فقليله حرام» (٢). رواه أبو داود.

وأما كونه يسمى خمرا؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «كل مسكر خمر». وهذا مسكر.

ولأن الخمر ما خامر العقل أي غطاه وستره، وهذا موجود في [كل مسكر.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٠٠٣) ٣: ١٥٨٨ كتاب الأشربة، باب بيان أن كل مسكر خمر، وأن كل خمر حرام.

---

(١) الممتع ٤/٢٦٨

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٦٧٩) ٣: ٣٢٧ كتاب الأشربة، باب النهي عن المسكر.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٦٨١) الموضع السابق.." [(١)]

"باب التعزير

سمي التعزير بذلك؛ لأنه يمنع من تعاطي القبيح، والأصل في التعزير: المنع. ومنه: التعزير بمعنى النصرة؛ لأنه منع لعدوه من أذاه.

قال المصنف رحمه الله: (وهو التأديب. وهو واجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة؛ كالاستمتاع الذي لا يوجب الحد، وإتيان المرأة المرأة، وسرقة ما لا يوجب القطع، والجناية على الناس بما لا قصاص فيه، والقذف بغير الزنى ونحوه).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو التأديب؛ فبيان لمعنى التعزير. وفسره المصنف رحمه الله في **المغني** بالعقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها، وهو قريب مما ذكره هنا.

وأما كونه واجبا في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة؛ فلأن المعصية تفتقر إلى ما يمنع من فعلها. فإذا لم يجب فيها حد ولا كفارة وجب أن يشرع فيها التعزير؛ لتحقق المانع من فعلها.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: ينبغي أن يتقيد قول أصحابنا في (١) وجوبه -يعني في وجوب التعزير- بما نص على التعزير فيه؛ كوطء بهيمة، أو جارية امرأته، أو جارية مشتركة، أو نحو ذلك مما لا بد من التعزير فيه؛ لأنه منصوص على تأديبه. فوجب؛ كالحدود. وما عداه يكون على (٢) ما رآه الإمام إن رأى (٣) أن المصلحة فيه وجب عليه وإلا لم يجب عليه؛ لأنه يروى «أن رجلا أتى النبي

---

(١) في أ: يعني في.

(٢) ساقط من أ.

(٣) في د زيادة: الإمام.." [(٢)]

"وأما كون من أتى بهيمة على القول بوجوب التعزير فيه يتخرج فيه مثل ذلك؛ فلأنه وطء. أشبه وطء أمة امرأته.

وأما كون غير الوطء لا يبلغ به أدنى الحدود؛ فلأنه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من بلغ

---

(١) الممتع ٤/٢٧٠

(٢) الممتع ٤/٢٧٨

حدا في غير حد فهو من المعتدين» (١).

وعن عمر: «أنه كتب إلى أبي موسى: لا تبلغ بالتعزير أدنى الحدود».

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: ما كان سببه الوطء يجلد فيه مائة إلا سوطا لينقص عن حد الزنى، وفي الحديث عن عمر: «في أمة بين رجلين وطئها أحدهما: يجلد الحد إلا سوطا واحدا» (٢). رواه الأثرم.

قال: (ومن استمنى بيده لغير حاجة عزر. وإن فعله خوفا من الزنى فلا شيء عليه).

أما كون من استمنى بيده (٣) لغير حاجة يعزر؛ فلأنه فعل محرما. بدليل أنه وطء منهي عنه من حيث إنه في غير محل الحرث، وفي الأثر: «لعن الله ناكح يده».

وأما كون من فعل ذلك خوفا من الزنى لا شيء عليه؛ فلأن ذلك حال ضرورة وحاجة. أشبه نكاح الأمة في حق الحر إذا خاف الزنى وعدم الطول.

وروى عبدالله بن أحمد بإسناده عن ابن زياد عن أبيه قال: «كانوا يفعلونه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في مغازيهم». والظاهر أنه كان يبلغه ولا ينكره.

ولأنه لا يجوز أن يقدم الصحابة على ذلك إلا بإذن.

وعن ابن عباس: «أنه سئل عن ذلك قال: كان المهاجرون يفعلونه (٤) في مغازيهم يستعفون به»، وروي عن عكرمة.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٣٢٧ كتاب الأشربة، باب ما جاء في التعزير وأنه لا يبلغ به أربعين.

(٢) أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه نحوه عن سعيد بن المسيب (٢٨٥١٢) ٥: ٥٠٩ كتاب الحدود، في الجارية تكون بين الرجلين فوقع عليها أحدهما.

(٣) ساقط من د.

(٤) في د: يفعلون.." [١]

"فصل [الشرط الرابع]

قال المصنف رحمه الله: (الرابع: أن يخرجه من الحرز. فإن سرق من غير حرز، أو دخل الحرز فأتلفه فيه:

---

(١) الممتع ٤/٢٨٢

فلا قطع عليه).

أما كون الرابع من شروط القطع أن يخرج المسروق من الحرز؛ فلأنه إجماع أهل العلم إلا من شذ، وروي عن عمرو بن شعيب [عن أبيه] (١) عن جده «أن رجلا من (٢) مزينة سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الثمار. فقال: ما أخذ في أكمامه فاحتمل ففيه (٣) قيمته ومثله معه، وما (٤) كان في الجران ففيه القطع إذا بلغ ثمن المجن» (٥). رواه أبو داود وابن ماجة.

وأما كون من سرق من غير حرز، أو دخل الحرز فأتلف المسروق فيه لا قطع عليه؛ فلأن الإخراج من الحرز شرط لوجوب القطع، وهو منتف هاهنا.

قال: (وإن ابتلع جوهرا أو ذهبا وخرج به، أو نقب ودخل فترك المتاع على بهيمة فخرجت به، أو في ماء جار فأخرجه، أو قال لصغير أو معتوه: ادخل فأخرجه ففعل: فعليه القطع).

أما كون من ابتلع جوهرا أو ذهبا في الحرز وخرج به عليه القطع؛ فلأن آخذه أخرجه في معدته. أشبه ما لو أخرجه في كمه.

وكلام المصنف رحمه الله شامل ما إذا خرج الجوهر والذهب منه أو لم يخرج.

وقال في **المغني**: إن لم يخرج فلا قطع وإن خرج ففيه وجهان:

---

(١) ساقط من د.

(٢) مثل السابق.

(٣) ساقط من أ.

(٤) في د: وأما ما.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٤٣٩٠) ٤: ١٣٧ كتاب الحدود، باب ما لا قطع فيه.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٩٦) ٢: ٨٦٥ كتاب الحدود، باب من سرق من الحرز.." [1]

"وأما كون الذمي والمستأمن يقطعان بسرقة مال المسلم؛ فلأنه إذا قطع المسلم بسرقة مالهم. فلأن يقطعوا بسرقة ماله بطريق الأولى.

قال: (ومن سرق عينا وادعى أنها ملكه لم يقطع. وعنه: يقطع. وعنه: لا يقطع إلا أن يكون معروفا بالسرقة).

أما كون من ذكر لا يقطع على رواية؛ فلأن ما ادعاه محتمل. فيكون شبهة في درء الحد.

---

(١) الممتع ٤/٢٩٧

وأما كونه يقطع على رواية؛ فلأن سقوط القطع بدعواه يقتضي (١) أن لا يجب قطع سارق. فتفوت مصلحة الزجر.

وأما كونه لا يقطع إلا أن يكون معروفا بالسرقة على رواية؛ فلأن غير المعروف بذلك لا يعلم كذبه. بخلاف المعروف به.

قال المصنف في **المغني**: والأولى (٢) أولى؛ لأن الحد يدرأ بالشبهات، وإفضاؤه (٣) إلى سقوط الحد لا يمنع اعتبارها.

قال: (وإذا سرق المسروق منه مال السارق أو المغصوب منه مال الغاصب من الحرز الذي فيه العين المسروقة أو المغصوبة: لم يقطع. وإن سرق من غير ذلك الحرز أو سرق من مال من له عليه دين قطع؛ إلا أن يعجز عن أخذه فيسرق قدر حقه فلا يقطع. وقال القاضي: يقطع).

أما كون المسروق منه أو المغصوب منه (٤) إذا سرق مال السارق أو الغاصب من الحرز الذي فيه العين المسروقة أو المغصوبة لا يقطع؛ فلأن لكل واحد منهما شبهة في هتك الحرز من أجل أخذ ماله فإذا هتك الحرز صار كأن المال المسروق منه أخذ من غير حرز.

---

(١) في أزيادة: إلى.

(٢) في أ: الأولى.

(٣) في د: وإفضاؤها.

(٤) ساقط من أ.." [1]

"وأما كون من سرق من غير ذلك الحرز الذي فيه المال المسروق أو المغصوب يقطع؛ فلأنه لا شبهة له في هتك الحرز المذكور. فوجب القطع؛ لأن المسروق مال لا شبهة له فيه.

وأما كون من سرق من مال من له عليه دين وهو قادر على أخذ حقه يقطع؛ فلأنه مال لا شبهة له فيه.

وأما كونه إذا فعل وهو يعجز عن أخذ حقه لا يقطع على قول غير القاضي؛ فلأن بعض أهل العلم يبيح له ذلك. فيكون الاختلاف في إباحة الأخذ شبهة دارئة للحد؛ كالوطء في نكاح مختلف في صحته.

وأما كونه يقطع على قول القاضي؛ فلأن من أصله أنه ليس له أخذه.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: وهذا يعني تعليل القاضي لا يمنع الشبهة الناشئة عن الاختلاف.

---

(١) الممتع ٤/٣٠٥

فإن قيل: من يعجز عن أخذ حقه إذا سرق أكثر منه.

قيل: إن قيل لا يقطع بسرقة قدر حقه هل يقطع هنا؟ فيه وجهان. توجيههما ما ذكر في سرقة المغصوب منه مال الغاصب من الحرز الذي فيه العين المغصوبة، وإن قيل: يقطع فيقطع هنا؛ لأن (١) الزائد لا شبهة له فيه.

قال: (ومن قطع بسرقة عين ثم عاد فسرقها قطع. ومن أجر داره، أو أعارها ثم سرق منها مال المستعير أو المستأجر قطع).

أما كون القطع يتكرر بسرقة العين الواحدة؛ فلأنه فعل ثانيا مثل ما فعل أولا. فوجب أن يجب عليه ثانيا مثل ما وجب عليه أولا؛ كما لو زنى فحد ثم زنى.

فإن قيل: لو تكرر القذف لم يتكرر الحد.

قيل: حد القذف شرع؛ لتكذيب القاذف، وذلك يحصل بالمرة الواحدة. بخلاف القطع فإنه شرع للزجر فإذا سرق العين ثانيا علم أنه لم ينزجر. فوجب أن يتكرر الحد (٢)؛ لتحصل الحكمة التي شرع القطع من أجلها.

---

(١) في أ: لكون.

(٢) ساقط من د.." [١]

"أوجب الله تعالى في يديه دية جميعه، وفي الحديث عن علي: «إني لأستحيي (١) من الله أن لا أدع له يدا يبطش بها ولا رجلا يمشي عليها» (٢).

وأما كونه تقطع يده اليسرى في الثالثة ورجله اليمنى في الرابعة على رواية؛ فلأن في حديث أبي هريرة: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في السارق: إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله، [ثم إن سرق فاقطعوا يده، ثم إن سرق فاقطعوا رجله] (٣») (٤).

وعن جابر قال: «جيء إلى النبي صلى الله عليه وسلم بسارق فقال: اقتلوه. فقالوا: يا رسول الله! إنما سرق. فقال: اقطعوه. قال: فقطع، ثم جيء به الثانية. فقال كذلك، [ثم جيء به الثالثة] (٥)، ثم جيء به الرابعة فقال كذلك ... مختصر» (٦). رواه أبو داود.

و«لأن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما قطعا اليد في الثالثة».

---

(١) الممتع ٣٠٦/٤

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: حديث جابر يتعين حمله على تخصيص ذلك الشخص لعلم النبي صلى اللہ عليه وسلم منه ما يوجب قتله. ألا تراه أمر بقتله في كل مرة، وقول أبي وعمر معارض بقول علي. على (٧) أنه روي أن عمر أخذ بقول علي، ويؤيده أن الأصول تشهد بنفي القتل؛ لأن كل معصية لا توجب القتل في الابتداء لا توجبه بعد ذلك؛ كسائر المعاصي.

---

(١) في أ: أو لا يستحي.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٨٨) ٣: ١٨٠ كتاب الحدود والديات.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٢٧٥ كتاب السرقة، باب السارق يعود فيسرق ثانيا وثالثا ورابعا.

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه نحوه (٢٨٢٥٢) ٥: ٤٨٦ كتاب الحدود، في السارق يسرق فتقطع يده ورجله ثم يعود.

(٣) ساقط من د.

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٩٢) ٣: ١٨١ كتاب الحدود والديات.

(٥) ساقط من د.

(٦) أخرجه أبو داود في سننه (٤٤١٠) ٤: ١٤٢ كتاب الحدود، باب في السارق يسرق مرارا.

(٧) في أ: وعلى.." [١]

"ولأن حق الآدمي مبني على الضيق والشح. بخلاف حق الله تعالى، وذلك يقتضي عدم التسوية بينهما، وسقوط ذلك (١) بالتوبة يقتضي التسوية بينهما.

قال: (ومن وجب عليه حد لله (٢) سوى ذلك فتاب قبل إقامته لم يسقط. وعنه: أنه يسقط بمجرد التوبة قبل إصلاح العمل. ومن مات وعليه حد سقط عنه).

أما كون من وجب عليه حد لله (٣) سوى حد المحاربين لا يسقط بتوبته على المذهب؛ فلأن الله عز وجل قال: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما﴾ [النور: ٢]، ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾ [المائدة: ٣٨] من غير فرق بين التائب وغيره.

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا وقطع السارق بإقراره من غير سؤال عن توبة.

ولأن الحد كفارة. فلم تسقط بالتوبة؛ ككفارة اليمين.

---

(١)<الممتع ٤/٣١٣

وأما كونه يسقط على رواية؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما﴾ [النساء: ١٦]، وقال: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه﴾ [المائدة: ٣٩]، وفي الحديث: «التائب من الذنب كمن لا ذنب له» (٤). ومن لا ذنب له لا حد عليه.

ولأن الحد خالص حق الله. فسقط بالتوبة؛ كحد المحارب.

إذا تقرر السقوط فقد صرح المصنف رحمه الله هنا أنه يسقط بمجرد التوبة من غير إصلاح العمل.

وقال في **المغني**: ظاهر الآيات تدل على اعتباره في غير المحارب. فيكون إصلاح العمل في حق غير (٥) المحارب بمنزلة توبة المحارب قبل القدرة هذا لفظه.

وأما كون من مات وعليه حد يسقط عنه؛ فلأن استيفاءه بعد موته متعذر.

---

(١) في أ: سقوط وذلك.

(٢) في أ: حدود لله تعالى.

(٣) في أ: حدا لله تعالى.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٤٢٥٠) ٢: ١٤١٩ كتاب الزهد، باب ذكر التوبة.

(٥) ساقط من أ.." [1]

"فإن قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله أنه لا يعتبر في الرمي الدفع بالأسهل.

قيل: نعم. وهو ظاهر كلام الإمام أحمد. [ذكره المصنف رحمه الله] (١) في **المغني**.

ووجهه: التمسك بظاهر الحديث.

وقال ابن حامد (٢): يدفعه بالأسهل. فإن لم يندفع حل حذفه كما تقدم في الصائل.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) في د: أبو حامد.." [2]

"ولأن تضمينهم يفضي إلى تنفيرهم عن الرجوع إلى الطاعة. فلم يشرع؛ كتضمين أهل الحرب.

وهذه الرواية هي الأصح؛ لما ذكر.

---

(١) الممتع ٤/٣٢٢

(٢) الممتع ٤/٣٢٦

وأجاب المصنف رحمه الله في المغني عن الأثر المذكور عن أبي بكر: أنه رجع عنه. فإنه روي: «أن عمر قال له: إن تدون قتلانا فلا فإن قتلانا قتلوا في سبيل الله». فوافقه أبو بكر. ولذلك لم ينقل أنه غرم أحدا شيئا.

وقد قتل طلحة (١) عكاشة بن محصن وثابت بن أقرم ثم أسلم وتاب. فلم يغرم شيئا.

وأما كون من أتلف من أهل العدل والبغي ما أتلفوه في غير حال الحرب يضمنه؛ فلأن الأصل وجوب الضمان. ترك العمل به في حال الحرب؛ للضرورة فيبقى فيما عداه على مقتضاه.

وفي الأثر: «أن الخوارج لما قتلوا عبدالله بن خباب في غير الحرب أرسل إليهم علي افتدونا من عبدالله» (٢) و «قتل ابن ملجم عليا في غير المعركة فأقيد به» (٣).

قال: (وما أخذوا في حال امتناعهم من زكاة أو خراج أو جزية لم يعد علي م [ولا على صاحبه. ومن ادعى دفع زكاته إليهم قبل بغير يمين. وإن ادعى ذمي دفع جزيته إليهم لم يقبل إلا ببينة. وإن ادعى إنسان دفع خراجه إليهم فهل يقبل بغير بينة؟ على وجهين] (٤). وتجوز شهادتهم. ولا ينقض من حكم حاكمهم إلا ما ينقض من حكم غيره).

أما كون البغاة تجوز شهادتهم؛ فلأنهم إذا صلحوا للقضاء. فلأن يصلحوا لقبول الشهادة بطريق الأولى.

---

(١) في د: ولذلك أنه عرض أخذ شيئا وقد قيل لطلحة.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٧٨٨٢) ٧: ٥٥٤ كتاب الجمل، ما ذكر في الخوارج.

(٣) أخرجه الشافعي في الأم ٤: ٢١٦.

(٤) ساقط من أ.." (١)

"قيل: ظاهر إطلاق المصنف رحمه الله الإباحة، وهي تقتضي العموم (١) إلا أن الكلام مسوق مع أهل العدل فيحتمل أن يختص بهم. ويؤيده تصريح المصنف رحمه الله بذلك في المغني فقال (٢): فأما أهل البغي فلا يجوز لهم قتلهم؛ لأنهم قد بذلوا لهم الكف عنهم. فلم يجز لهم الغدر.

قال: (وإن أظهر قوم رأي الخوارج ولم يجتمعوا لحرب لم يتعرض لهم، فإن سبوا الإمام عزرهم. وإن جنوا جناية أو أتوا حدا أقامه عليهم).

أما كون من أظهر رأي الخوارج ولم يجتمعوا لحرب لا يتعرض لهم؛ ف «لأن عليا رضي الله عنه كان يوما

---

(١) الممتع ٤/٣٣٣

يخطب. فقال رجل بباب المسجد: لا حكم إلا لله. فقال علي: كلمة حق أريد بها باطل. ثم قال: لكم علينا ثلاث: لا نمنعكم مساجد الله أن تذكروا فيها اسم الله، ولا نمنعكم الفيء ما دامت أيديكم معنا، ولا نبدأكم بقتال» (٣).

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ما تعرض للمنافقين الذين كانوا معه في المدينة. فلأن لا يتعرض إلى من ذكر بطريق الأولى.

وأما كونهم إذا سبوا الإمام يعزرهم؛ فلأنهم ارتكبوا محرما لا حد فيه ولا كفارة، وليس التعزير المذكور مختصا بسب الإمام بل لو سبوا أحدا من أهل العدل كان الأمر كذلك، لما تقدم من العلة.

وأما كونهم إذا جنوا جناية أو أتوا حدا أقامه عليهم؛ فلأنهم ليسوا ببغاة فهم كآحاد الناس.

ولأن في إسقاط (٤) ذلك وسيلة إلى تجرئهم (٥) على فعله، وذلك مطلوب العدم.

---

(١) في د: الإباحة يقتضي التعميم.

(٢) في د: قال.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٧٩١٧) ٧: ٥٦١ كتاب الجمل، ما ذكر في الخوارج.

(٤) في أ: حكم إسقاط.

(٥) في أ: تحريمهم.." [١]

"وأما كونه لا يقتل؛ فلأن الموجب للقتل الكفر وهو منتف فيه.

وأما كونه يعزر؛ فلأن فعله المذكور معصية، والتعزير يجب في كل معصية لا حد فيها ولا كفارة.

وأما كونه يقتص منه [إذا فعل ما يوجب القصاص؛ فلأنه فعل يقتل مثله غالبا. فوجب أن يقتص منه] (١)؛ كما (٢) لو قتله بمحدد.

قال: (وأما الذي يعزم على الجن ويزعم أنه يجمعها فتطيعه: فلا يكفر، ولا يقتل. وذكره أبو الخطاب في السحرة الذي يقتلون).

أما كون من ذكر لا يكفر ولا يقتل على قول غير أبي الخطاب؛ فلأنه إذا لم يكفر ولم يقتل بما تقدم ذكره. فلأن لا يكفر ولا يقتل بما ذكر بطريق الأولى.

وأما كونه يقتل على ما ذكره أبو الخطاب؛ فبالقياس على السحرة الذين يقتلون.

---

(١) الممتع ٣٣٥/٤

ونسب المصنف رحمه الله في **الكافي**: الأول: إلى توقف الإمام. وقوله لما ذكر ذلك له: قد رخص فيه بعض الناس. والثاني: إلى قول أصحابنا.

---

(١) ساقط من د.

(٢) في د: فكما.." (١)

"فيه بالنص، وفي السمع والعسبار بالقياس عليه. والبغل يكون تارة من حمار وحجرة، وتارة من فحل وحمارة.

والسمع والعسبار ما ذكر ونبه عليه المصنف رحمه الله؛ ليعلم.

والذيخ: الذكر من الضبعان. فيكون العسبار عكس السمع.

قال: (وفي الثعلب والوبر وسنور البر واليربوع روايتان).

أما كون الثعلب غير مباح في رواية؛ فلأنه سبع فيدخل في: «نهيه عليه السلام: عن كل ذي ناب من السباع» (١).

وأما كونه مباحا في رواية؛ فلأنه يفدى في الحرم والإحرام.

والأولى أظهر؛ للنهي المتقدم.

وأما كون الوبر غير مباح في رواية ومباح (٢) في رواية؛ فبالقياس على السنور الآتي ذكره.

وأما كون سنور البر غير مباح في رواية؛ فـ «لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل الهر» (٣) فيدخل فيه البري.

وأما كونه مباحا في رواية؛ فلأنه بري. أشبه الحمار البري.

وأما كون اليربوع غير مباح في رواية؛ فلأنه أشبه الفأر.

وأما كونه مب ا حا في رواية؛ فـ «لأن عمر حكم فيه بجفرة» (٤).

ولأن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد محرم ولم يوجد.

وهذه الرواية هي الصحيحة في ظاهر كلام المصنف رحمه الله في **المغني**.

قال: (وما عدا هذا مباح؛ كبهيمة الأنعام والخيل والدجاج والوحشي من البقر والظباء والحمر والزرافة والنعامة والأرنب، وسائر الوحش والضبع والضب

---

(١) الممتع ٤/٣٥٦

(١) سبق تخريجه ص: ٣٦٠.

(٢) في د: مباحا.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٠) ٣: ٥٧٨ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية ثمن الكلب والسنور.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٢٥٠) ٢: ١٠٨٢ كتاب الصيد، باب الهرة.

(٤) أخرجه مالك في الموطأ (٢٣٠) ١: ٣٣١ كتاب الحج، باب فدية ما أصيب من الطير والوحش.." [١]

"قال: (وإن وجد معصوما ميتا ففي جواز أكله وجهان).

أما كون من تقدم ذكره لا يجوز له أكل من ذكر في وجه؛ فلأن الحي والميت يشتركان في الحرمة، ولذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كسر عظم الميت ككسر عظم الحي» (١).

وأما كونه يجوز له في وجه؛ فلأنه مضطر وحرمة الحي أعظم من حرمة الميت. والحديث يحمل على غير حال الضرورة بدليل أن المباح الدم لا يجوز كسر عظمه ويجوز أكله.

ولأنه يمكن الأكل من الميت من غير كسر عظمه.

إذا علم ذلك فمفهوم كلام المصنف رحمه الله: أن الحي المعصوم لا يجوز قتله وأكله. وصرح به في **المغني** وعلله بأمرين (٢):

أحدهما: الإجماع.

والثاني: أن المعصوم الحي مثل المضطر، فلا يجوز أن يقي نفسه بإتلافه.

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٦١٧) ١: ٥١٦ كتاب الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت.

(٢) في د: بأن.." [٢]

"قال: (ويجب على المسلم ضيافة المسلم المجتاز به يوما وليلة. فإن أبى فللضيف طلبه به (١) عند الحاكم. وتستحب ضيافته ثلاثا. فما زاد فهو صدقة. ولا يجب عليه إنزاله في بيته؛ إلا أن لا يجد مسجدا

[١] الممتع ٤/٣٦٢

[٢] <الممتع ٤/٣٧٣

أو رباطا يبيت فيه).

أما كون ضيافة المسلم المجتاز بالمسلم تجب عليه؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ليلة الضيف حق واجب على كل مسلم» (٢).

وأما كونها يوما وليلة؛ فلما روى أبو شريح الخزاعي قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «الضيافة ثلاثة أيام وجائزته يوم وليلة ... مختصر» (٣) متفق عليه.

قال: «جائزته يوم وليلة» كأنه آكد من سائر الثلاثة.

وفي تقييد المصنف رحمه الله من تجب ضيافته بكونه مسلما إشعار بأن ضيافة الكافر لا تجب. وصرح في **المغني** بوجوبها للكافر؛ كالمسلم، وعموم الحديث يدل عليه.

وفي عدم تقييد من تجب ضيافته بكونه مسافرا إشعار بوجوبها للمسافر وغيره. وصرح به في **المغني** محتجا بعموم الحديث. ثم قال: وعن الإمام أحمد رواية أخرى: أن الضيافة تجب على أهل القرى دون أهل الأمصار.

وأما كون الضيف له أن يطالب المجتاز به إذا أبى تضييفه؛ فلما روى المقدام ابن أبي كريمة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ليلة الضيف حق واجب، فإن أصبح بفنائه فهو دين عليه، إن شاء اقتضى وإن شاء ترك» (٤).

وفي لفظ رواه أبو داود: «أيما رجل ضاف قوما فأصبح الضيف محروما. فإن نصره على كل مسلم حتى يأخذ بحقه من زرعه وماله» (٥). ولو لم يكن له طلبه لما وجب نصره.

---

(١) ساقط من د.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٧٥٠) ٣: ٣٤٢ كتاب الأطعمة، باب ما جاء في الضيافة.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٦٧٢٠) طبعة إحياء التراث.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٧٨٤) ٥: ٢٢٧٢ كتاب الأدب، باب إكرام الضيف وخدمته إياه بنفسه.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٤٨) ٣: ١٣٥٢ كتاب اللقطة، باب الضيافة ونحوه.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٧٥٠) ٣: ٣٤٢ كتاب الأطعمة، باب ما جاء في الضيافة.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٦٧٧) ٢: ١٢١٢ كتاب الأدب، باب حق الضيف.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٧٥١) ٣: ٣٤٣ كتاب الأطعمة، باب ما جاء في الضيافة.." [1]

"فلأن الله تعالى قال: ﴿أحل لكم صيد البحر وطعامه﴾ [المائدة: ٩٦] قال ابن عباس: «طعامه ما مات فيه» (١).

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في البحر: «هو الطهور ماؤه، الحل ميتته» (٢).

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله: وسائر (٣) ما لا يعيش إلا في الماء: أن ما يعيش في البر ومأواه في (٤) البحر مثل: السلحفاء (٥) وكلب الماء لا [يحل، ولا] (٦) يباح بلا ذكاة على رواية؛ لأنه حيوان مأكول. فلا يباح بلا ذكاة؛ كالحيوان البري.

وأما كون سائر البحري يحل بلا ذكاة على رواية؛ فلما تقدم من الآية والخبر.

فإن قيل: فهل (٧) السرطان من الذي يباح بلا ذكاة رواية واحدة، أم من الذي فيه خلاف؟

قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أنه من الثاني. فاستثناه في **المغني** فقال لما ذكره: إلا ما لا دم فيه؛ كالسرطان فإنه يباح بغير ذكاة. ثم قال: قال (٨) أحمد: السرطان لا بأس به، قيل له: يذبح (٩) قال: لا. ثم قال: وذلك لأن (١٠) مقصود الذبح إنما هو إخراج الدم منه وتطييب اللحم بإزالة عفنه فما لا دم فيه لا حاجة إلى ذبحه.

فإن قيل: ما الصحيح من الروايتين المتقدم ذكرهما؟

---

(١) ذكره البخاري في صحيحه تعليقا ٥: ٢٠٩٢ كتاب الذبائح والصيد، باب قول الله تعالى: ﴿أحل لكم صيد البحر﴾.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٦٧.

(٣) في أ: في سائر.

(٤) ساقط من أ.

(٥) في أ: السلحفاة.

(٦) ساقط من أ.

(٧) مثل السابق.

---

(١) الممتع ٤/٣٧٧

(٨) ساقط من د.

(٩) مثل السابق.

(١٠) في الأصول: لأنه. وما أثبتناه من **المغني** ١١: ٨٣.." [1]

"قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله في **المغني** أن الصحيح أنه لا يباح بلا ذكاة؛ لأنه قدمه. ثم قال بعد ذكر (١) الخلاف فيه: ولنا. ونقض علة الإباحة بأن لا خلاف في طير الماء أنه لا يباح بغير ذكاة، وحمل الأخبار على ما لا يعيش إلا في البحر.

وقيل: الصحيح أنه يباح؛ لما تقدم ذكره، ويعضده (٢) ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «كل شيء في البحر مذبوح» (٣). وما روي عنه أنه قال: «إن الله تعالى ذبح كل ما في البحر لابن آدم»، وما صح من «أن (٤) أبا عبيدة وأصحابه وجدوا على ساحل البحر دابة يقال لها: العنبر. فأكلوا منها شهرا وادهنوا حتى سمنوا» (٥).

---

(١) في د: ذلك.

(٢) في د: ويعضه.

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٦٧.

(٤) ساقط من د.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٤١٠٣) ٤: ١٥٨٥ كتاب المغازي، باب غزوة سيف البحر ...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٣٥) ٣: ١٥٣٥ كتاب الصيد والذبائح، باب إباحة ميتات البحر.." [2]

"ولأن الشحوم المذكورة] (١) جزء من الذبيحة لم تبح لذابحها. فلم تبح لغيره؛ كالدم.

والأول أصح؛ لما تقدم.

والآية حجة للحل؛ لأن معنى طعامهم: ذبائحهم. كذلك فسره العلماء.

وأما كون الشحوم المحرمة على الكتابي شحم الثرب والكليتين؛ فلأن السدي قال في تفسير قوله تعالى: ﴿ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما﴾ [الأنعام: ١٤٦] هي: شحم الثرب والكلى.

فإن قيل: ما الفرق بين ذي الظفر وبين الشحوم المذكورة حيث لا خلاف في الأول وفي الثاني خلاف؟

---

(١) الممتع ٤/٣٨٠

(٢) الممتع ٤/٣٨١

قيل: الخلاف فيهما صرح به المصنف في **المغني** فإذا لا فرق فيه.
وأما كونه إذا ذبح لعيده أو ليتقرب به إلى شيء مما يعظمونه لا يحرم على منصوص الإمام أحمد؛ فلأن الذابح قصد الذكاة وهو ممن تحل ذبيحته.
وقال ابن عقيل في فصوله: وعندي أنه يكون ميتة؛ لقوله تعالى: ﴿وما أهل به لغير الله﴾ [البقرة: ١٧٣].
قال: (ومن ذبح حيوانا فوجد في بطنه جرادا، أو طائرا فوجد في حوصلته حبا، أو وجد الحب في بعر الجمل لم يحرم.
وعنه: يحرم).
أما كون ما وجد من الجراد في بطن الحيوان إذا ذبح لا يحرم على المذهب؛ فلعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «الحل (٢) ميتته» (٣).
ولأنه حيوان لا يعتبر له ذبح. فيباح أكله؛ كغير المأكول.
وأما كونه يحرم على رواية؛ فلأنه مأكول. فلم يؤكل مرة أخرى؛ كالطعام المأكول إذا أخرجه الآكل من جوفه بعد أكله.

---

(١) ساقط من د.
(٢) في د: والحل.
(٣) سبق تخريجه ص: ٣٦٧.." [1]

"قال: (وإن رمى صيدا فأثبته ثم رماه آخر فقتله لم يحل، ولمن أثبته قيمته مجروحا على قاتله؛ إلا أن يصيب الأول مقتله دون الثاني أو يصيب الثاني مذبحه فيحل وعلى الثاني ما خرق من جلده).
أما كون من رمى صيدا فأثبته من غير أن يصيب مقتله ثم رماه آخر فقتله من غير أن يصيب مذبحه لا يحل؛ فلأن بإثبات الأول صار مقدورا على تذكيته والثاني لم يذكه. فوجب أن لا يحل؛ لعدم الذكاة المشترطة.
وأما كون من أثبته له قيمته مجروحا على قاتله؛ فلأن مثبته ملكه بإثباته والقاتل قتله مجروحا. فوجبت قيمته مجروحا لمثبته؛ لأنه مالكه.
وأما كونه يحل إذا أصاب الأول مقتله؛ فلأن قتل الصيد بمنزلة ذكاته. وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا:

---

(١) الممتع ٣٩٨/٤

أنه يشترط في حل الصيد بإصابة الأول مقتله أن لا يصيب ذلك الثاني مقتلا (١). وهو صحيح.

قال في **المغني**: لو أصاب الثاني أيضا مقتلا لم يحل وكلام الخرقي يحتمله وذلك قوله: إذا ذبح فأتى على المقتل (٢) فلم تخرج الروح حتى وقعت (٣) في الماء، أو وطئ عليها شيء لم تؤكل. ثم قال: وقال القاضي وغيره من أصحابنا: يحل؛ لأن رمي الثاني لا أثر له.

وأما كونه يحل إذا أصاب الثاني مذبحه؛ فلأن الواجب الذكاة وقد صادف فعل الثاني محلها وحصلت.

وأما كون الثاني عليه ما خرق من جلده؛ فلأنه لم يتلف سوى ذلك.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) في أ: المقاتل.

(٣) في أ: وقعته.." [1]

"سهمك» (١)، وفي حديث عدي من رواية الدارقطني: «وإن وجدت به أثر غيرك فلا تأكله فإنك لا تدري أقتلته أنت أم غيرك» (٢).

قال: (وإن ضربه فأبان منه عضوا وبقيت فيه حياة مستقرة لم يبح ما أبان منه. وإن بقي معلقا بجلدة حل. وإن أبانه ومات في الحال حل الجميع. وعنه: لا يباح ما بان (٣) منه. وإن أخذ قطعة من حوت وأفلت حيا أبيح ما أخذ منه).

أما كون ما أبين من صيد وبقيت فيه حياة مستقرة لا يباح؛ فلأنه أبين من حي فيكون ميتا؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «ما أبين من حي فهو ميت» (٤).

وأما كونه إذا بقي معلقا بجلدة يحل؛ فلأن الموجب لتحريمه بينونته وهي مفقودة هاهنا.

وأما كونه إذا مات الصيد في الحال يحل الجميع على المذهب؛ فكما لو قطع الصيد قطعتين.

وأما كون (٥) ما بان منه لا يباح على رواية؛ فلقوله صلى الله عليه وسلم: «ما أبين من حي فهو ميت» (٦).

ولأن ما أبين منه لا يمنع بقاء الحياة في العادة. فلم يبح؛ كما لو أدركه الصياد وفيه حياة مستقرة.

والأول هو المشهور قاله المصنف في **المغني**، ووجهه ما تقدم.

---

(١) الممتع ٤/٤٠٢

(١) سبق تخريج حديث عمرو بن شعيب قريبا.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٨٩) ٤: ٢٩٤ كتاب الأشربة وغيرها، باب الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك.

(٣) في أ: أبان.

(٤) أخرجه الحاكم في مستدركه (٧١٥١) ٤: ١٣٨ كتاب الأطعمة. ولفظه: «ما قطع من حي فهو ميت».

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٨٥٨) ٣: ١١١ كتاب الصيد؛ باب في صيد قطع منه قطعة.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٤٨٠) ٤: ٧٤ كتاب الأطعمة، باب ما قطع من الحي فهو ميت. ولفظهما: «ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة».

(٥) في أ: كونه.

(٦) سبق تخريجه في الحديث السابق.." [١]

"تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح﴾ [المائدة: ٤] فلم يكن صيدها حلالا طيبا؛ لأن الحل مرتب على الصيد بالمعلم للآية المذكورة والخبر المتقدم ذكره.

ومقتضى كلام المصنف رحمه الله اشتراط ذلك في الكلب والفهد وعليه يقاس كل جارح.

وقال في **المغني**: لا أحسب هذا المعنى في غير الكلب؛ لأنه هو الذي يجيب صاحبه إذا دعاه وينزجر إذا زجره، والفهد لا يكاد يجيب داعيا وإن عد معلما [فيكون التعليم في حقه ترك الأكل خاصة، أو بما يعده به أهل العرف معلما] (١). هذا نصه.

فإن قيل: الانزجار المعتبر في الجارح هو بعد الإرسال على الصيد.

قيل: لا؛ لأن ذلك لا يتصف به جارحة. وإنما المعتبر كونه ينزجر بالزجر فيما قبل ذلك.

وأما الثالث وهو: أنه إذا أمسك لم يأكل؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في حديث عدي: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل مما أمسك عليك. قلت: وإن قتل؟ قال: وإن قتل، إلا أن يأكل الكلب فإن أكل فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه» (٢) متفق عليه.

وأما كون عدم (٣) تكرير الأكل من الجارحة لا يعتبر؛ فلأنه تعلم صنعة فلا يعتبر فيه التكرر؛ كسائر الصنائع. وقد أضاف المصنف رحمه الله ما ذكر في **المغني** إلى الشريف أبي جعفر وأبي الخطاب. ونقل عن القاضي

---

(١) الممتع ٤/٤٠٩

أنه قال: لعل ذلك ثلاث (٤) مرار. وعلله بأن ترك الأكل يحتمل أن يكون لشبع، ويحتمل أنه لتعلم فلم يتميز أحدهما عن الآخر إلا بالتكرر وما اعتبر تكراره اعتبر ثلاثا؛ كالمسح في الاستجمار وعدد الأقراء.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥١٦٦) ٥: ٢٠٨٩ كتاب الذبائح والصيد، باب إذا أكل الكلب.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٢٩) ٣: ١٥٢٩ كتاب الصيد والذبائح، باب الصيد بالكلاب المعلمة.

(٣) ساقط من أ.

(٤) في أ: ثلاثة.." [١]

"وقال العباس للنبي صلى الله عليه وسلم: «أقسمت عليك يا رسول الله! لتبايعنه. فبايعه النبي صلى الله عليه وسلم وقال: أبررت قسم عمي ولا هجرة» (١)، وفي كتاب الله تعالى: ﴿إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله ... -إلى قوله-: اتخذوا أيمانهم جنة﴾ [المنافقون: ١ - ٢]. فسماها يمينا، وسماها النبي صلى الله عليه وسلم قسما.

وأما كون ذلك يمينا مع النية؛ فلأن النية تصرف اللفظ إلى القسم بالله. فيجب جعله يمينا؛ كما لو صرح به.

إذا تقرر هذا فظاهر كلام المصنف رحمه الله يقتضي أنه إذا قال: أعزم عليك ولم يذكر القسم ونوى يكون يمينا.

وقال في **المغني**: إذا قال: أعزم لم يكن يمينا نوى أو لم ينو؛ لأنه لم يثبت لهذا اللفظ عرف في الشرع ولا استعمال.

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢١١٦) ١: ٦٨٣ كتاب الكفارات، باب إبرار المقسم.

وأخرجه أحمد في مسنده (١٥١٢٣) طبعة إحياء التراث.." [٢]

"وأما في اللغة فقال امرؤ القيس:

فقلت يمين الله أبرح قاعدا ... ولو قطعوا رأسي لديك وأوصالي

---

(١) الممتع ٤/٤١٢

(٢) ال ممتع ٤/٤٢٧

وقال آخر:

فقلت يمين الله ما لك حيلة ... وأن أرى عنك الغواية تنجلي

وأما كون قول: الله لأفعلن مرفوعا يمينا إذا لم يكن قائله من أهل العربية ولا نوى اليمين؛ فلأن ذلك يمين في عرف العوام، ولم يوجد ما يصرفه عن ذلك. فوجب كونه يمينا؛ كالقسم المحض.

وقال المصنف في **المغني**: لا يكون يمينا قياسا على ما لو كان القائل من أهل العربية.

وأما كونه لا يكون يمينا إذا كان من أهل العربية ولم ينو اليمين؛ فلأن ذلك ليس بيمين في عرف أهل اللغة، ولا نواها.

وأما كونها يمينا إذا نواها؛ فلأنه قصد القسم. أشبه ما لو جر.

ولأن احتمال غير القسم ينفي إرادة القسم فيصير القسم متمحضا. أشبه ما لو حلف بلفظ يحيط به.

قال: (ويكره الحلف بغير الله تعالى. ويحتمل أن يكون محرما. ولا تجب الكفارة باليمين به سواء أضافه إلى الله؛ مثل قوله: ومعلوم الله وخلقه ورزقه وبيته، أو لم يضفه؛ مثل: والكعبة وأبي. وقال أصحابنا: تجب الكفارة بالحلف برسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة).

أما كون الحلف بغير الله تعالى يكره على المذهب؛ فلأن ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من قوله: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم. فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت» (١).

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٢٧٠) ٦: ٢٤٤٩ كتاب الأيمان والنذور، باب لا تحلفوا بآبائكم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٤٦) ٣: ١٢٦٧ كتاب الأيمان، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى.."

(١)

"وأما كون لغو اليمين كما ذكر المصنف رحمه الله؛ فلأن الحالف معذور بظنه.

وذكر في **المغني** أنها على نوعين:

أحدهما: ما ذكره هنا وهو: أن يحلف على شيء يظنه فيبين بخلافه.

والثاني: أن يجري الحلف على لسانه من غير قصد، وفي الحديث عن عائشة «أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال -يعني اللغو في اليمين- هو: كلام الرجل في بيته: لا والله وبلى (١) والله» (٢) أخرجه أبو داود.

---

(١) الممتع ٤/٤٢٩

وأما كون لغو اليمين لا كفارة فيها؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان﴾ [المائدة: ٨٩].

ولأن ذلك يكثر. فلو وجبت فيه الكفارة لشق وضر، وذلك منتف شرعا.

---

(١) في د: بلى. وما أثبتناه من السنن.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٢٥٤) ٣: ٢٢٣ كتاب الأيمان والنذور، باب لغو اليمين.." [1]

"فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله: (الثاني: أن يحلف مختارا. فإن حلف مكرها لم تنعقد يمينه. وإن سبقت اليمين على لسانه من غير قصد إليها؛ كقوله: لا والله وبلى (١) والله في عرض حديثه فلا كفارة عليه).

أما كون الثاني من شروط الكفارة أن يحلف الحالف مختارا؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» (٢).

وأما كون من حلف مكرها لا ينعقد يمينه؛ فلأنه مكره عن قولها. فلم يتعلق بها شيء؛ كالعتق، وطلاق زوجته، وبيع داره، وغير ذلك من صور الإكراه.

وأما كون من سبق اليمين على لسانه كما ذكر المصنف لا كفارة عليه على ما ذكره في **المغني**: فلعل كونها لغو اليمين، وعلى ظاهر كلامه هنا؛ فلأن السبق في معنى الإكراه. فوجب أن لا يكون عليه كفارة؛ كالمكره.

ولما ذكره المصنف رحمه الله هنا أصل في الصيام وهو أن من تمضمض فسبق الماء إلى جوفه لا يفطر؛ لأن سبق الماء في منزلة الإكراه على الشرب.

وأما قول المصنف رحمه الله: كقوله: لا والله وبلى والله في عرض حديثه؛ فتفسير لسبق اليمين على لسان الحالف.

---

(١) في د: بلى. وما أثبتناه من المقنع.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤٣) ١: ٦٥٩ كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي.." [2]

---

(١) الممتع ٤/٤٣٣

(٢) الممتع ٤/٤٣٤

"ومنه: ما روي «أن امرأة أنصارية أتته ومعها أولادها. فقال: والذي نفسي بيده! إنكم لأحب الناس إلي. قالها ثلاث مرات» (١) متفق عليهما.

ومنه: أنه قال: «لأغزون قريشا» (٢).

قيل: ذلك دليل الجواز لا دليل الاستحباب؛ لأنه لو كان مستحبا لكانت الصحابة تكثر منه؛ لأنهم كانوا يكثرون من فعل المستحب.

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله أن تكرار الحلف لا يكره وصرح به في **المغني** وشرط في ذلك أن لا يبلغ إلى حد الإفراط.

ووجهه: ما تقدم من الأحاديث.

قال: (وإن دعي إلى الحلف عند الحاكم وهو محق استحب افتداء يمينه، فإن حلف فلا بأس).

أما كون من دعي إلى الحلف عند الحاكم وهو محق يستحب افتداء يمينه؛ فلما روي «أن عثمان والمقداد تحاكما إلى عمر في مال استقرضه المقداد. فجعل عمر اليمين على المقداد فردها على عثمان. فقال عمر: لقد أنصفك. فأخذ عثمان ما أعطاه المقداد ولم يحلف. فقيل له في ذلك. فقال: خفت أن يوافق قدر بلاء فيقال: يمين عثمان».

وأما كونه إذا حلف لا بأس؛ ف «لأن عمر وأبيا تحاكما إلى زيد في نخل ادعاه أبي. فتوجهت اليمين على عمر. فقال زيد: اعف أمير المؤمنين. فقال عمر: ولم تعف (٣) أمير المؤمنين؟ إن عرفت شيئا استحققته بيميني وإلا تركته. والله الذي لا إله إلا هو إن النخل لنخلي وما لأبي فيه حق. فلما خرجا وهب النخل لأبي. فقيل له: هلا كان هذا قبل اليمين؟ قال: خفت أن لا أحلف فلا

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٢٦٩) ٦: ٢٤٤٩ كتاب الأيمان والنذور، باب كيف كانت يمين النبي صلى الله عليه وسلم.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٥٠٩) ٤: ١٩٤٨ كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل الأنصار رضي الله تعالى عنهم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٢٨٥) ٣: ٢٣١ كتاب الأيمان والنذور، باب الاستثناء في اليمين بعد

السكوت.

(٣) في د: تعفي.." (١)

"الوجوب ولا هي في معنى ما تقدم. فوجب أن يبقى الحالف بها على البراءة الأصلية.

قال: (وإن قال: عبد فلان حر لأفعلن فليس بشيء. وعنه: عليه كفارة إن حنث).

أما كون قول من قال ذلك ليس بشيء على المذهب؛ فلأنه لو قال: عبد فلان حر من غير تعليق لم يكن شيئا. فكذلك إذا علقه؛ لأن تعليق الشيء بالشرط أثره في أن يصير عند الشرط كالمطلق، وإذا لم يكن المطلق شيئا فكذلك المعلق.

وأما كونه عليه كفارة إن حنث أي إن فعل ما حلف عليه فكما لو قال: لله علي أن أعتق فلانا إن فعلت.

والأول أصح؛ لما تقدم.

والفرق بين قوله: عبد فلان حر إن فعلت وبين قوله: لله علي أن أعتق فلانا إن فعلت من حيث إن الأول: إيقاع للعتق في عبد فلان إن فعل وهو لا يملكه. والثاني: التزام بإعتاقه إن فعل وهو يملكه.

قال: (وإن قال: أيمان البيعة تلزمني، فهي يمين رتبها الحجاج تشتمل على اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق وصدقة المال، فإن كان الحالف يعرفها ونواها انعقدت يمينه بما فيها، وإلا فلا شيء عليه. ويحتمل أن لا تنعقد بحال إلا في الطلاق والعتاق).

أما كون أيمان البيعة هي ما ذكر؛ فلأن البيعة كانت في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمصافحة. فلما ولي الحجاج رتبها أيمانا تشتمل على اسم الله تعالى والطلاق والعتاق والحج وصدقة المال ذكره المصنف في **المغني** ولم يذكر هاهنا الحج.

وأما كون الحالف بها إذا كان يعرفها ونوى موجبها تنعقد يمينه بالطلاق والعتاق؛ فلأنهما ينعقدان بالكناية، وأسوأ ما يقدر هنا أنه كناية.

وأما كونه تنعقد يمينه بالله وصدقة المال والحج على المذهب؛ فلأنها يمين مشتملة على أشياء ينعقد بعضها فانعقدت في باقيها قياسا للبعض على البعض.

وأما كونه يحتمل أن لا تنعقد بذلك؛ فلأن ذلك إنما ينعقد بالكناية ولا تدخل لها فيما ذكر. وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأمرين:." (٢)

---

(١)<الممتع ٤/٤٣٨

(٢) الممتع ٤/٤٤٢

"أحدهما: أن من يعرفها ولا ينويها لا تنعقد يمينه في شيء من ذلك؛ لأن الكناية تفتقر إلى النية ولا وجود لها هاهنا.

وثانيهما: أن من لا يعرفها لا تنعقد يمينه في شيء من ذلك؛ لأنه إذا عرفها ولم ينوها لا تنعقد يمينه في ذلك. فلأن لا تنعقد يمين من لا يعرفها بطريق الأولى.

فإن قيل: ما الحكم إذا لم يعرفها ونوى موجبها؟

قيل: قال المصنف رحمه الله في **المغني**: سئل أبو القاسم الخرقي رضي الله عنه عن أيمان البيعة فقال: ليست فيها شيء، ثم قال: إلا أن يلتزم الحالف بها جميع ما فيها من الأيمان. فقال السائل: عرفها أم لم يعرفها؟ فقال: نعم.

وظاهر كلام المصنف هنا: لا بد من معرفتها ونيتها؛ لما تقدم.

قال: (وإن قال: علي نذر أو يمين إن فعلت كذا وفعله فقال أصحابنا: عليه كفارة يمين).

أما كون من قال: علي نذر إن فعلت كذا وفعله عليه كفارة يمين؛ فلأن موجب النذر موجب اليمين وقد أخبر أنه عليه نذر. فوجب أن تجب عليه الكفارة؛ كما لو قال: لله علي كفارة.

وأما كون من قال: علي يمين إن فعلت كذا وفعله (١) عليه كفارة يمين؛ فلأن فعل الشيء المحلوف على تركه يوجب الكفارة وقد أخبر أنه فعل المحلوف عليه.

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.." (١)

"وأما كون ذلك يشترط فيه أن لا يكون للدار سبب هيج يمينه؛ فلأن الدار إذا كان لها سبب هيج يمينه فأوى معها في غيرها لا يحنث. وصرح به في **المغني** وعلله بأنه قصد جفاء زوجته في مكان مخصوص ولم يخالف ما حلف عليه.

قال: (وإن حلف لعامل لا يخرج إلا بإذنه فعزل، أو على زوجته فطلقها، أو على عبده فأعتقه ونحوه، يريد ما دام كذلك انحلت يمينه. وإن لم تكن له نية انحلت يمينه أيضا ذكره القاضي؛ لأن الحال تصرف اليمين إليه. وذكر في موضع آخر أن السبب إذا كان يقتضي التعميم عممناها به. وإن اقتضى الخصوص مثل: من نذر لا يدخل بلدا لظلم رآه فيه فزال الظلم فقال أحمد: النذر يوفى به.

والأول أولى؛ لأن السبب يدل على النية فصار كالمنوي سواء).

---

(١) الممتع ٤/٤٤٣

أما كون من حلف بما ذكر لعامل فعزل، أو على زوجته فطلقها، أو على عبده فأعتقه ونحو ذلك يريد ما دام كذلك تنحل يمينه؛ فلأن الخروج بعد عزل العامل وطلاق الزوجة وعتق العبد بغير إذن خروج لم يتناوله اليمين؛ لتخصيص لفظها بإرادة زمن العمالة والزوجية والعبودية.

وأما كونه إذا لم تكن له نية تنحل يمينه أيضا على ما ذكره القاضي؛ فلما ذكره المصنف رحمه الله من أن الحال تصرف إلى حال كون المحلوف عليه على الصفة الموجودة فيه؛ لأن العرف يقضي بأن المنع من الخروج إلا بإذن العامل إنما كان لأجل كونه عاملا، ومن خروج الزوجة والعبد إنما كان لأجل الولاية عليهما.

وأما كون النذر يوفى به على المنصوص عن أحمد في مسألة الظلم فنظر إلى عموم اللفظ واللفظ في بقية المسائل عام. فيجب أن يعم.

وأما كون الأول أولى؛ فلما علل المصنف رحمه الله من أن السبب يدل على النية فصار كالمنوي سواء. ولأن أصول الإمام تقتضي تقديم النية والسبب على عموم اللفظ، وذلك يوجب تخصيص اللفظ العام وقصره على الحاجة. فكذلك يجب في هذه المسألة؛ لكونها داخلة في القواعد الكلية.." (١)

"تركه. بدليل أنه يقال: وهبه ولم يقبل هبته، ووصى له ولم يقبل وصيته، وتصدق عليه ولم يقبل صدقته.

وأما كون من حلف لا يتصدق عليه فوهبه لا يحنث؛ فلأنه لا يلزم من المنع من الصدقة المنع من الهبة. بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم ممنوع من الصدقة غير ممنوع من الهبة له.

وأما كون من حلف لا يهبه فتصدق عليه يحنث عند غير أبي الخطاب؛ فلأنه يلزمه من المنع من الهبة المنع من الصدقة.

ولأن المتصدق بشيء يقال: وهب ذلك الشيء.

وأما كونه لا يحنث عند أبي الخطاب فكما لو حلف لا يتصدق عليه فوهبه.

فإن قيل: في أي موضع قال أبو الخطاب ذلك؟

قيل: هنا في قوله بعد: إلا عند أبي الخطاب فيهما أي في العارية والهبة.

وأما كون من حلف لا يهبه فأعاره لا يحنث؛ فلأن الهبة تمليك والعارية إباحة.

وأما كونه يحنث عنده؛ فلأن العارية هبة المنفعة، وهي قائمة مقام هبة العين. بدليل صحة مقابلة المنفعة بالعوض؛ كالعين.

وأما كون من حلف لا يهبه فوقف عليه يحنث؛ فلأن الوقف على المعين في العرف هبة.

---

(١) الممتع ٤/٤٥١

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: ويحتمل أن يخرج ذلك على ملك الوقف: فإن قيل: يملكه حنث لمساواته الهبة، وإلا فلا؛ لعدم مساواته لها.

ولقائل أن يقول: لا يحنث وإن قيل يملكه؛ لأن الإنسان ممنوع من هبة أولاده الذكور والإناث بالسوية وليس بممنوع من الوقف عليهم بالسوية على المنصوص. فلم يلزم من المنع من الهبة المنع من الوقف.

وأما كون من حلف لا يهبه فوصى له لا يحنث؛ فلأن الموصى له لا يملك إلا بالقبول بعد الموت، وبالموت تنحل اليمين.." (١)

"فصل [الأسماء الحقيقية]

قال المصنف رحمه الله: (القسم الثاني: الأسماء الحقيقية. إذا حلف لا يأكل اللحم فأكل الشحم أو المخ أو الكبد أو الطحال أو القلب أو الكرش أو المصران أو الإلية أو الدماغ أو القانصة: لم يحنث. وإن أكل المرق لم يحنث، وقد قال أحمد: لا يعجبني. قال أبو الخطاب: هذا على سبيل الورع.

وإن حلف لا يأكل الشحم فأكل شحم الظهر حنث).

أما كون القسم الثاني الأسماء الحقيقية؛ فلأنها تلي الأسماء الشرعية وهي القسم الأول.

وأما كون من حلف لا يأكل اللحم فأكل الشحم ... إلى القانصة؛ فلأن ذلك جميعه لا يسمى لحما. فلم يحنث بأكله؛ كما لو أكل الخبز.

وأما كونه إذا أكل المرق لا يحنث وهو قول أبي الخطاب؛ فلأن المرق لا يسمى لحما.

وأما كونه يحنث على قول الإمام أحمد: لا يعجبني وهو قول القاضي؛ فلأنه لا يخلو من قطع اللحم.

والأول أصح؛ لما تقدم. وعدم خلو المرق من اللحم ممنوع؛ لأن الكلام مفروض حيث لا لحم. وقول أحمد محمول على الورع.

وأما كون من حلف لا يأكل الشحم فأكل شحم الظهر يحنث؛ فلأن ذلك يسمى شحما ويشارك شحم البطن في اللون والذوب.

وزاد المصنف رحمه الله في **المغني** الحنث بأكل شحم الجنب والإلية. ثم قال: وعلى قول القاضي لا يحنث بأكل الإلية ولا شحم الظهر والجنب؛ لأن ذلك لا يتبادر إلى الذهن عند إطلاق الشحم.." (٢)

---

(١) الممتع ٤/٤٥٨

(٢) الممتع ٤/٤٦٠

"قال: (وإن حلف لا يأكل لبنا فأكل زبدا أو سمنا أو كشكا أو مصلا أو جبنا: لم يحنث. وإن حلف على الزبد أو السمن فأكل لبنا لم يحنث).

أما كون من حلف لا يأكل لبنا فأكل زبدا ... إلى جبنا لا يحنث؛ لأن ذلك كله لا يسمى لبنا. فوجب أن لا يحنث؛ لعدم المخالفة.

وأما كون من حلف على الزبد والسمن فأكل لبنا لا يحنث؛ فلأن ذلك لا يسمى زبدا ولا سمنا.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: إن لم يظهر فيه الزبد لم يحنث، وإن ظهر حنث؛ لأن ظهور الشيء كوجوده.

قال: (وإن حلف على الفاكهة فأكل من ثمر الشجر؛ كالجوز واللوز والتمر والرمان حنث. وإن أكل البطيخ حنث. ويحتمل أن لا يحنث. ولا يحنث بأكل القثاء والخيار).

أما كون من حلف على الفاكهة فأكل من ثمر الشجر كما مثل المصنف رحمه الله يحنث؛ فلأن ذلك يسمى فاكهة عرفا وشرعا.

فإن قيل: ينبغي أن لا يحنث بأكل النخل والرمان؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فيهما فاكهة ونخل ورمان﴾ [الرحمن: ٦٨] والمعطوف يغاير المعطوف عليه.

قيل: عطفهما؛ لزيادة فضلهما لا لخروجهما من المعطوف عليه. ونظيره قوله تعالى: ﴿من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال﴾ [البقرة: ٩٨] وهما من الملائكة.

وأما كونه إذا أكل البطيخ يحنث وإن كان ليس له ساق؛ فلأنه ينضج ويحلو. فوجب كونه كثمر الشجر.

وأما كونه يحتمل أن لا يحنث؛ فلأنه ثمرة بقلة. أشبه القثاء والخيار.

وأما كونه لا يحنث بأكل القثاء والخيار؛ فلأنه لا يسمى فاكهة ولا هو في معنى الفاكهة. فوجب أن لا يحنث بأكله؛ لعدم المخالفة لفظا ومعنى.." (١)

"قال: (وإن حلف لا يركب دابة فلان، ولا يلبس ثوبه، ولا يدخل داره، فركب دابة عبده ولبس ثوبه ودخل داره، أو فعل ذلك فيما استأجره فلان: حنث.

وإن ركب دابة استعارها لم يحنث.

وإن حلف لا يركب دابة عبده فركب دابة جعلت برسمه حنث).

أما كون من حلف لا يركب دابة فلان، ولا يلبس ثوبه، ولا يدخل داره يحنث إذا ركب دابة عبده ولبس ثوبه

---

(١) الممتع ٤/٤٦١

ودخل داره؛ فلأن ذلك كله ملك لسيده فالفاعل لذلك بمنزلة من فعل ذلك في ملك فلان نفسه.

وأما كونه يحنث إذا فعل ذلك فيما استأجره؛ فلأن الدار تضاف إلى ساكنها إذا أضافها إلى مالكها. قال الله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾ [الطلاق: ١]. والمراد بيوت أزواجهن.

ولأن الإضافة هنا للاختصاص، ولذلك يضاف الرجل إلى أخيه بالأخوة، وإلى ابنه بالبنوة، وإلى أبيه بالأبوة، وإلى زوجته بالزوجية.

وأما كونه لا يحنث إذا ركب دابة استعارها؛ فلأن فلانا لا يملك منافع الدابة المستعارة.

قال المصنف رحمه الله في **المغني**: إذا قال: لا دخلت مسكن زيد تعلقت يمينه بالدار التي سكنها سواء كانت مملوكة أو مستأجرة.

وأما كون من حلف لا يركب دابة عبده فركب دابة جعلت برسمه يحنث؛ فلأنه مختص بها حينئذ. أشبه الدار المستأجرة.." (١)

"قال: (وإن حلف لا يدخل دارا فدخل سطحها حنث. وإن دخل طاق الباب احتمل وجهين).

أما كون من حلف لا يدخل دارا فدخل سطحها يحنث؛ فلأنه من الدار وحكمه حكمها. بدليل صحة (١) الاعتكاف فيه ومنع الجنب من اللبث فيه. فوجب أن يحنث إذا دخله؛ كما لو دخل الدار نفسها.

وأما كونه إذا دخل طاق الباب لا يحنث في وجه؛ فلأنه إذا أغلق الباب حصل خارجا منها ولا يسمى داخلا فيها، وهذا أصح؛ لما ذكر. قاله المصنف في **المغني**.

قال: (وإن حلف لا يكلم إنسانا حنث بكلام كل إنسان. وإن زجره فقال: تنح أو اسكت حنث. وإن حلف لا يبتدئه بكلام فتكلما معا حنث).

أما كون من حلف لا يكلم إنسانا يحنث بكلام كل إنسان؛ فلأن النكرة في سياق النفي تعم، وإذا كان اللفظ عاما دخل تحته كل إنسان، وذلك يوجب الحنث؛ لأنه خالف ما عليه.

وأما كونه يحنث إذا زجره فقال: تنح أو اسكت؛ فلأن ذلك كلام فيدخل تحت ما حلف على عدمه.

وأما كونه يحنث إذا حلف لا يبتدئه بكلام فتكلما معا؛ فلأنه قصد البداءة بكلامه، وكلام صاحبه وقع معه اتفاقا، وإذا كان كذلك وجب الحنث.

---

(١) الممتع ٤/٤٦٤

(١) في د زيادة: الأيمان.." (١)

"وأما كونه يحنث على الثاني وهو قول أبي الخطاب؛ فلأن معنى كلامه: لا أشم رائحة ذلك؛ لأن الشم إنما يكون للرائحة، ورائحة الورد والبنفسج في دهنهما، وقد شم ذلك.

قال: (وإن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا حنث عند الخرقي، ولم يحنث عند ابن أبي موسى).

أما كون من حلف بما ذكر يحنث بما ذكر عند الخرقي؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا﴾ [النحل: ١٤]، وقال عز وجل: ﴿ومن كل تأكلون لحما طريا﴾ [فاطر: ١٢].

ولأن السمك لحم حيوان.

وأما كونه لا يحنث عند ابن أبي موسى؛ فلأن السمك لا ينصرف إليه إطلاق اسم اللحم بدليل: ما لو وكل رجلا في شراء لحم فاشترى له سمكا لم يلزمه.

ولأنه يصح أن ينفى عنه فيقال: ما أكل لحما وإنما أكل سمكا. وتسمية ذلك باللحم لا يوجب الحنث. بدليل: أن الله عز وجل سمى السماء سقفا محفوظا (١). ولو حلف حالف: لا قعدت تحت سقف ففعل تحت السماء لم يحنث.

والأول ظاهر المذهب. قاله المصنف رحمه الله في **المغني**.

والفرق بين مسألة اللحم وبين مسألة السقف: أن الظاهر أن من حلف لا يقعد تحت سقف قصد بيمينه تحت سقف يمكنه التحرز منه، والسماء ليست كذلك فلا تدخل في يمينه. بخلاف الحالف بأنه لا يأكل لحما؛ لعدم المعنى المذكور في يمينه.

قال: (وإن حلف لا يأكل رأسا ولا بيضا حنث بأكل رؤوس الطيور والسمك وبيض السمك والجراد عند القاضي، وعند أبي الخطاب لا يحنث إلا بأكل رأس جرت العادة بأكله منفردا، أو بيض يزايل بائضه حال الحياة).

أما كون من حلف بما ذكر يحنث بما ذكر عند القاضي؛ فلأن رؤوس الطيور والسمك وبيض السمك والجراد رؤوس وبيض حقيقة وعرفا. فوجب أن يحنث؛

---

(١) الممتع ٤/٤٦٥

(١) في قوله تعالى: ﴿وجعلنا السماء سقفا محفوظا﴾ [الأنبياء: ٣٢].." [1]

"كما لو حلف لا يأكل لحما فأكل من لحم الأنعام والزرافة. والجامع بينهما أن غاية ما يقدر أن أكل رؤوس الطيور والسمك وبيض السمك والجراد نادر بالنسبة إلى رؤوس النعم وإلى بيض الدجاج، وأكل لحم الأنعام نادر بالنسبة إلى أكل لحوم النعم، والحنث في مسألة اللحم محقق فكذا في مسألة الرؤوس والبيض.

وأما كونه لا يحنث عند أبي الخطاب إلا بأكل رأس جرت العادة بأكله منفردا؛ كالغنم والبقر، أو بيض يزايل بائضه حال الحياة؛ كبيض الدجاج؛ فلأن المتبادر إلى الذهن ما جرت العادة بأكله منفردا.

ولأن الظاهر إرادة ذلك. فوجب أن لا يتعداه اليمين. فلم يحنث بأكل غيره؛ لعدم دخوله في يمينه. وحنث بأكله؛ لدخوله في يمينه.

قال: (وإن حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجدا أو حماما أو بيت شعر أو أدم. أو لا يركب فركب سفينة حنث عند أصحابنا. ويحتمل أن لا يحنث).

أما كون من حلف لا يدخل بيتا يحنث إذا دخل مسجدا عند أصحابنا؛ فلأن الله تعالى سماه بيتا فقال: ﴿إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة﴾ [آل عمران: ٩٦]، وقال: ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع﴾ [النور: ٣٦].

وأما كونه يحنث إذا دخل حماما؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم سماه بيتا قال: «بئس البيت الحمام» (١).

وأما كونه يحنث إذا دخل بيت شعر أو أدم؛ فلأن البدوي يسميه بيتا.

ولأن البدوي لو حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت الحضري حنث فكذلك إذا حلف الحضري لا يدخل بيتا فدخل بيت البدوي.

وأما كونه يحتمل أن لا يحنث في ذلك كله؛ فلأن الظاهر أن الحالف لم يرد ذلك بيمينه فلم يحنث بالدخول فيه.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله في **المغني** أن الاحتمال إنما هو في المسجد والحمام؛ لأن أهل العرف لا تسمي ذلك بيتا.

---

(١) الممتع ٤/٤٧١

(١) ذكره الزبيدي في الإتحاف ٢: ٦٣٥ عن عائشة، وعزاه إلى البيهقي في السنن.." [١]

"قال: (وإن حلف لا يسكن دارا، أو لا يساكن فلانا وهو مساكنه. فلم يخرج في الحال: حنث؛ إلا أن يقيم لنقل متاعه أو يخشى على نفسه الخروج فيقيم إلى أن يمكنه، فإن خرج دون متاعه وأهله حنث، إلا أن يودع متاعه أو يعيره وتأبى امرأته الخروج معه، ولا يمكنه إكراهها فيخرج وحده فلا يحنث).

أما كون من حلف بما ذكر فلم يخرج في الحال من الدار المحلوف عليها وهو قادر على نقل متاعه غير خائف على نفسه الخروج يحنث؛ فلأن استدامة السكنى سكنى. بدليل أنه يصح أن يقال: سكن الدار شهرا.

وأما كون من يقيم لنقل متاعه لا يحنث؛ فلأن النقل لا يكون إلا بالمتاع، والإقامة من أجله إقامة لا يمكن التحرز عنها. فلا يقع اليمين عليها.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا: أن الإقامة مختصة بالمتاع.

وقال في **المغني**: وإن أقام لنقل متاعه وأهله لم يحنث.

والواجب حمل كلامه هنا على ما في **المغني**؛ لأن نقل الأهل مثل المتاع بدليل: أنه لو خرج دون أهله حنث كما يحنث إذا خرج دون متاعه.

وأما كون من يخشى على نفسه من الخروج فيقيم حتى يزول الخوف لا يحنث؛ فلأنه أقام لدفع الضرر، وإزالته عند ذلك مطلوبة شرعا. فلم تدخل تحته اليمين؛ لأنها تقتضي المنع.

وأما كون من خرج في الحال دون أهله ومتاعه ويمكنه إخراج ذلك ولم يودع متاعه ولا يعيره يحنث؛ فلأن السكنى تكون بالأهل والمال، ولهذا يقال: فلان ساكن في البلد الفلاني وهو غائب عن بيته، وإذا نزل بلدا بأهله وماله يقال: سكنه وإن نزله بنفسه.

وأما كون من خرج وحده وأودع متاعه أو أعاره متاعه وأبت امرأته الخروج معه ولم يمكنه إكراهها لا يحنث؛ فلأن يده زالت عن متاعه، وامرأته هو عاجز عن إخراجها، وزوال اليد والعجز لا يتصور معهما حنث البتة.." [٢]

(١) الممتع ٤/٤٧٢

(٢) الممتع ٤/٤٨٠

"فصل [في مسائل من الحلف]

قال المصنف رحمه الله: (إذا حلف لا يدخل دارا فحمل فأدخلها ويمكنه الامتناع فلم يمتنع، أو حلف لا يستخدم رجلا فخدمه وهو ساكت فقال القاضي: يحنث. ويحتمل أن لا يحنث).

أما كون من حلف لا يدخل دارا فحمل فأدخلها ويمكنه الامتناع فلم يمتنع يحنث عند القاضي؛ فلأن عدم الامتناع مع القدرة يذهب معنى الإكراه النافي للحنث.

فإن قيل: فحمل فأدخلها مشعر بالإكراه فيكون الكلام مفروضا في الإكراه. فإذا خرج عن أن يكون مكرها خرجت المسألة عن أصلها.

قيل: لما كان الحمل إكراها في الصورة أطلق عليه مكرها فإذا أمكنه الامتناع لم يكن مكرها حقيقة.

وتقييد المصنف رحمه الله الحنث بأن يمكنه الامتناع إشعار بأنه إذا لم يمكنه لا يحنث. وهو صحيح نص عليه الإمام أحمد.

قال المصنف في **المغني**: والأصل في ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «عفي لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» (١).

ولأن الفعل غير موجود عنه ولا منسوب إليه.

وأما كون من يمكنه الامتناع فلم يفعل يحتمل أن لا يحنث؛ فلأنه مكره صورة. أشبه المكره معنى.

وأما كون من حلف لا يستخدم رجلا فخدمه وهو ساكت يحنث على قول القاضي؛ فلأن الظاهر أنه قصد اجتناب خدمته ولم يحصل.

(١) سبق تخريجه ص: ٤٤٣.." [١]

"والأول أصح؛ لما تقدم.

وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا نذر» (١) معناه والله أعلم لا نذر يجب وفاؤه ولا خلاف فيه، وإنما الخلاف في انعقاده موجبا للكفارة ودعوى عدم إيجاب الكفارة في حديث ابن عباس ممنوعة.

ولأن في بعض ألفاظه: «وليصم ثلاثة أيام».

قال: (ولو نذر الصدقة بكل ماله فله الصدقة بثلثه ولا كفارة عليه. وإن نذر الصدقة بألف لزمه جميعها. وعنه: يجزؤه ثلثها).

(١) الممتع ٤/٤٨٢

أما كون من نذر الصدقة بكل ماله له الصدقة بثلثه؛ فلما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه قال لأبي لبابة حين قال: إن من توبتي أن أنخلع من مالي قال: يجزئك الثلث» (٢).

وفي رواية: «أمسك عليك بعض مالك» (٣) متفق عليه.

ولأبي داود: «يجزئ عنك الثلث» (٤).

وأما كونه لا كفارة عليه؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب على أبي لبابة سوى ثلث ماله.

وأما كون من نذر الصدقة بألف يلزمه الصدقة بجميعها على المذهب؛ فلأن الأصل لزوم الوفاء بالنذر خولف في جميع المال للأثر فيبقى في غيره على الأصل.

وأما كونه يجزئه ثلثها على رواية؛ فلأنه مال نذر للصدقة. فأجزأه ثلثه؛ كما لو نذر جميع المال.

والأول أصح قاله المصنف رحمه الله في **المغني**؛ لما تقدم.

---

(١) سبق قريبا.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٦١١١) ٣: ٥٠٢.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٦٠٦) ٣: ١٠١٣ كتاب الوصايا، باب إذا تصدق أو أوقف بعض ماله ...

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٧٦٩) ٤: ٢١٢٠ كتاب التوبة، باب حديث توبة كعب بن مالك وصاحبيه.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٣١٩) ٣: ٢٤٠ كتاب الأيمان والنذور، باب فيمن نذر أن يتصدق بماله.." [١]

"وقياس الألف على جميع المال لا يصح؛ لما في الصدقة بجميع المال من الإضرار بنفسه وورثته، ولهذا منع الشخص من الوصية بجميع ماله.

فإن قيل: كلام المصنف رحمه الله في الألف غير مقيد بكونها بعض ماله أو كله.

قيل: قال في **المغني**: إذا نذر الصدقة بقدر يستغرق ماله كله صح إلحاقه بالصورة الأولى. يعني بنذر صدقة ماله كله.

---

(١) الممتع ٤/٤٩١

ووجهه: أن المعنى المانع من صدقة جميع المال موجودة في الصدقة بالعدد الذي مقداره جميع ماله.." (١)

"وأما كون يومي العيدين لا يدخلان في ذلك على المذهب؛ فلأنهما يومان لا يصح صومهما عن نذره. فلم يدخلا في صوم السنة؛ كأيام رمضان.

وأما كون ناذر ذلك يقضيه على رواية؛ فلأن الصوم لما كان حراما وجب أن ينعقد نذره موجبا للقضاء.

وأما كون أيام التشريق فيها روايتان فمبني على أن صومها عن الفرض هل هو جائز أم لا؟

فإن قيل: هو جائز دخلت في نذره، وإن قيل: هو غير جائز لم تدخل.

وأما كونها تقضى على رواية؛ فبالقياس على العيدين.

ولا بد أن يلحظ في هذه الرواية أنها مبنية على القول بتحريم صيامها عن الفرض؛ لأنها حينئذ تشبه العيدين.

قال: (وإذا نذر صوم يوم الخميس فوافق يوم عيد أو حيض أفطر وقضى وكفر. وعنه: يكفر من غير قضاء، ونقل عنه ما يدل على أنه إن صام يوم العيد صح صومه. وإن وافق أيام التشريق فهل يصومه؟ على روايتين).

أما كون من نذر ما ذكر فوافق يوم عيد يفطر؛ فلأن الشرع حرم صومه.

وأما كونه يقضي؛ فلأنه فاته ما نذر صومه.

وأما كونه يكفر؛ فلعدم الوفاء بنذره.

وأما كونه يكفر من غير قضاء على رواية؛ فكما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها.

وأما كون الناذر إن صام يوم العيد صح صومه على رواية؛ فلأنه وفاء بما نذر.

وذكر المصنف في المغني رواية رابعة: أنه يقضي ولا كفارة عليه: أما كونه يقضي؛ فلأن النذر الواجب فاته. فلزمه قضاؤه؛ كما لو تركه ناسيا.

وأما كونه لا كفارة عليه؛ فلأن الشرع منع القادر صومه. فلم تلزمه الكفارة؛ كالمكره.

وأما كون من نذر ما ذكر فوافق يوم حيض يفطر فلا خلاف فيه؛ لقيام المنافي للصوم.." (٢)

"وأما كونه يقضي ويكفر، أو يكفر من غير قضاء، أو يقضي ولا يكفر؛ فلما تقدم فيمن نذر صوم يوم الخميس فوافق يوم عيد.

وأما كونه إذا وافق أيام التشريق هل يصومه فيه روايتان؛ فمبني على جواز صومها فرضا.

---

(١) الممتع ٤/٤٩٢

(٢) الممتع ٤/٤٩٤

فإن قيل: يجوز صومها عن الفرض جاز له صوم يوم النذر، وإن قيل: لا يجوز صومها عن الفرض كان حكمها حكم يومي العيد.

قال: (وإن نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم ليلا فلا شيء عليه. وإن قدم نهارا فعنه ما يدل على أنه لا ينعقد نذره، ولا يلزمه إلا إتمام صيام ذلك اليوم إن لم يكن أفطر. وعنه: أنه يقضي ويكفر سواء قدم وهو مفطر أو صائم).

أما كون من نذر صوم يوم يقدم فلان فقدم ليلا لا شيء عليه؛ فلأن شرط لزوم النذر قدومه نهارا ولم يوجد.

وأما كونه إذا قدم نهارا لا ينعقد نذره على رواية؛ فلأنه لا يمكنه صومه بعد وجود شرطه. فلم ينعقد؛ كما لو قال: لله علي أن أصوم أمس اليوم الذي يقدم فيه فلان.

وأما كونه لا يلزمه إلا إتمام صيام ذلك اليوم إن لم يكن أفطر فكما لو قال: لله علي أن أصوم بقية يومي.

وأما كونه يقضي ويكفر سواء قدم وهو مفطر أو صائم على رواية: أما فيما إذا قدم وهو صائم؛ فلأنه لم ينو صوم النذر من الليل.

فإن قيل: لو علم بقدوم فلان من الليل فنوى الصوم.

قيل: يصح صومه ويجزئه عن نذره؛ لوفائه بما نذره.

فإن قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله أن إتمام صيام ذلك اليوم مرتب على عدم الانعقاد؛ لأنه قال: وإن قدم نهارا فعنه ما يدل على أنه لا ينعقد نذره ولا يلزمه إلا إتمام صيام ذلك اليوم، وعنه أنه يقضي ويكفر.

قيل: ليس لذلك وجه. وقد حكى في **المغني** بانعقاد النذر المذكور ثم علله ثم قال: فإذا ثبتت صحته فعلم ... وذكر بقية الأحكام.." (١)

"قال: (وإن وافق قدومه يوما من رمضان فقال الخرقي: يجزئه صيامه لرمضان ونذره، وقال غيره: عليه القضاء. وفي الكفارة روايتان. وإن وافق يوم نذره وهو مجنون فلا قضاء عليه ولا كفارة).

أما كونه إن وافق قدومه يوما من رمضان يجزئه صيامه لرمضان ونذره أي عنهما على قول الخرقي؛ فلأن الناذر نذر صيام ذلك الزمن وقد صامه.

وكونه يجزئه صيام ذلك اليوم فيه إشعار بأن النذر صحيح. صرح به في **المغني**.

وقال القاضي: ظاهر كلام الإمام أحمد أن النذر لا ينعقد؛ لأن النذر وافق زمنا يستحق صيامه. فلم ينعقد؛ كما لو نذر صيام رمضان.

---

(١) الممتع ٤/٤٩٥

والأول عند المصنف رحمه الله أصح. ذكره في **المغني** وعلله بأنه نذر طاعة يمكن الوفاء به غالبا. فانعقد؛ كما لو قدم في غير رمضان.

وأما كونه عليه القضاء على قول غير الخرقي؛ فلأن زمن النذر يستحق الصيام لغيره. فلم يمكن صيامه عنه. فوجب أن يجب عليه القضاء؛ استدراكا لما فاته من نذره.

و أما كونه عليه الكفارة في رواية؛ [فلتأخر النذر] (١).

[وأما كونه لا كفارة عليه في رواية] (٢)؛ فلأنه ممنوع من صيام غير رمضان فيه فيصير كالمكره على عدم صيامه عن النذر، ومع الإكراه المذكور لا كفارة فكذلك ما هو بمنزلته.

وأما كونه لا قضاء عليه ولا كفارة إذا وافق يوم نذره وهو مجنون؛ فلأن وجود الشرط يصير الناذر كالمطلق للنذر. ولو أطلق النذر وهو مجنون لم يكن عليه قضاء ولا كفارة فكذلك هاهنا.

ولأن وجوبه ينفي وجوب الأداء عليه، والقضاء والكفارة يعتمدان وجوب الأداء.

قال: (وإن نذر صوم شهر معين فلم يصمه لغير عذر فعليه القضاء وكفارة يمين. وإن لم يصمه لعذر فعليه القضاء، وفي الكفارة روايتان. وإن صام قبله لم يجزئه.

---

(١) زيادة من الشرح الكبير ١١: ٣٤٨.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.." [١]

"وإن أفطر في بعضه لغير عذر لزمه استئنافه ويكفر. ويحتمل أن يتم باقيه ويقضي ويكفر).

أما كون من ذكر عليه القضاء إذا لم يصم المنذور لغير عذر أو لعذر؛ فلأنه أفطر ما نذر صومه. فلزمه قضاؤه؛ استدراكا لما فاته من نذره.

وأما كونه عليه كفارة يمين إذا لم يصم لغير عذر؛ فلأنه أفطر من غير عذر عرض له. فكان عليه الكفارة؛ استدراكا لما فاته من التعيين. وكانت كفارة يمين؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «النذر حلفة وكفارته كفارة يمين» (١).

وأما كونه عليه الكفارة إذا لم يصم لعذر في رواية؛ فلأنه أخل بنذره. فلزمته الكفارة؛ كما لو نذر الحج ماشيا فركب.

ولأن النذر كاليمين. ولو حلف ليصومن يوم كذا فأفطره لعذر لزمته الكفارة فكذا هاهنا.

---

(١) الممتع ٤/٤٩٦

وأما كونه لا كفارة عليه في رواية؛ فلأنه أتى بصيام أجزأ عن نذره من غير تفريط. فلم يكن عليه كفارة؛ كما لو صام ما عينه.

والأولى أولى. قاله المصنف في **المغني** وعلله بما تقدم ذكره.

وأما كونه لا يجزئه إذا صامه قبله؛ فلأنه يجب عليه صوم ذلك الشهر بعينه، ولم يوجد ذلك مع تقديم الصوم، وذلك يقتضي عدم الإجزاء لبقائه في عهدة ما وجب عليه.

ولأن العبادات إذا كانت مؤقتة لم يجز تقديمها على وقتها. دليله الصلاة.

وأما كونه يلزمه الاستئناف إذا أفطر في بعضه لغير عذر؛ كمن نذر صوم المحرم فأفطر منه يوما؛ فلأن ما نذره صوم يجب تتابعه. فأبطله الفطر فيه لغير عذر؛ كما لو أفطر في نذر نذر التتابع فيه.

وأما كونه يكفر؛ فلفوات زمن النذر.

وأما كونه يحتمل أن يتم باقيه ويقضي ويكفر: أما الإتمام؛ فلأن التتابع فيما نذره وجب من حيث الوقت لا من حيث الشرط. فلم يبطله الفطر؛ كصوم رمضان.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٠٠.." [١]

"وأما القضاء؛ فكما لو أفطر يوما من رمضان.

وأما الكفارة؛ فلفوات زمن النذر.

والأول أصح؛ لما تقدم.

والفرق بين رمضان وبين النذر: أن تتابع رمضان بالشرع لا بالنذر، وتتابع النذر أوجبه الناذر على نفسه على صفة ثم فوتها فهو شبيه بما شرط التتابع فيه.

فإن قيل: هذا حكم ما إذا أفطر بعض المنذور لغير عذر، فما حكمه إذا أفطره لعذر فإنه لم يذكر المصنف رحمه الله حكمه؟

قيل: قد ذكره في **المغني** فقال: قياس المذهب أنه يبني على ما مضى ويقضي ما أفطر ويكفر: أما البناء؛ فلأنه معذور في القطع.

وأما القضاء؛ فلاستدراك ما فات من النذر الواجب صومه.

وأما الكفارة؛ فلفوات زمن المنذور.

---

(١) الممتع ٤/٤٩٧

وقال أبو الخطاب: فيه رواية أنه لا كفارة عليه؛ لأن المنذور محمول على المشروع. ولو أفطر في رمضان لعذر لم يلزمه شيء.

والأولى أولى؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأخت عقبة بن عامر: «لتركب ولتكفر عن يمينها» (١).

وفارق رمضان من حيث إنه لو أفطر لغير عذر لم يكن عليه كفارة إلا في الجماع. وإنما لم يذكره المصنف رحمه الله بالتصريح؛ لأنه يصح أن يدخل في قوله: وإن لم يصمه لعذر فعليه القضاء وفي الكفارة روايتان.

فإن قيل: لم لم يقتصر فيما إذا أفطر بعضه لغير عذر على قوله قبل ذلك: فلم يصمه لغير عذر؟

قيل: لأن حكم ما إذا أفطر الناذر بعضه الاستئناف على رواية ولا دلالة لقوله فعليه القضاء وكفارة يمين على ذلك. بخلاف قوله: وإن لم يصمه لعذر فعليه القضاء وفي الكفارة روايتان فإن ذلك له دلالة على حكم ما أفطر الناذر بعضه؛ لاستوائهما في وجوب القضاء وجريان الخلاف في الكفارة لم يبق بينهما إلا

---

(١) أخرجه أبو داود في مسنده (٣٢٩٥) ٣: ٢٣٤ كتاب الأيمان والنذور، باب من رأى عليه كفارة إذا كان في معصية.

وأخرجه أحمد في مسنده (٢٨٨٠) طبعة إحياء التراث.." (١)

"وجوب الإتمام وذلك يصلح أن يترك استنادا إلى أصل وجوب الوفاء بالنذر؛ لأن الإتمام بعض ما نذره.

قال: (وإذا نذر صوم شهر لزمه التتابع. وإن نذر صيام أيام معدودة لم يلزمه التتابع إلا أن يشترطه).

أما كون من ذكر يلزمه التتابع في نذر الشهر؛ فلأن إطلاق الشهر يقتضي ذلك.

وحكى المصنف رحمه الله في **المغني** رواية أخرى أنه لا يلزمه التتابع؛ لأن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى ثلاثين يوما إجماعا. فلم يلزمه التتابع؛ كما لو نذر صوم ثلاثين يوما.

وأما كونه لا يلزمه ذلك في نذر صيام الأيام المعدودة إذا لم يشترطه؛ فلأن الأيام لا دلالة لها على التتابع، ولذلك لما قال الله تعالى: ﴿فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤]: لم يلزم التتابع فيها.

وأما كونه يلزمه إذا شرطه؛ فللوفاء بنذره.

ولم يفرق المصنف رحمه الله في الأيام بين الثلاثين وبين غيرها؛ كعشرة ونحوها. ومنصوص الإمام أحمد في الثلاثين لا يلزمه التتابع وأنه في العشرة يلزمه. وفرق بينهما من حيث إن الثلاثين تطلق ويراد بها الشهر

---

(١) الممتع ٤/٤٩٨

فعدوله عن الشهر دليل على إرادة العدد دون التتابع فيها. قاله المصنف في **المغني**؛ لأن عدم ما يدل على التفريق ليس بدليل على التتابع، ولذلك أن الله تعالى لما قال في قضاء رمضان: ﴿فعدة من أيام أخر﴾ [البقرة: ١٨٤] ولم يذكر تفريقها ولا تتابعها لم يجب التتابع فيها.

قال: (وإن نذر صياما متتابعا فأفطر لمرض أو حيض قضى لا غير. وإن أفطر لغير عذر لزمه الاستئناف. وإن أفطر لسفر أو ما أبيح الفطر فعلى وجهين).

أما كون من ذكر إذا أفطر لمرض أو حيض يقضي؛ فلأنه صوم وجب عليه. فيجب قضاؤه؛ كما لو أفطر في رمضان.." [(١)]

"وأما كونه لا شيء عليه غيره؛ فلأن المرض والحيض عذر لا يقطع التتابع. ويخير بين الاستئناف وبين البناء وقضاء ما ترك وكفارة يمين: أما الاستئناف؛ فلأن به يحصل التتابع صورة وحكما.

وأما البناء؛ فلأن ذلك بقية زمن نذر جميعه.

وأما القضاء؛ فبدل عما أفطره.

وأما الكفارة؛ فلأن العجز لا ينفيها. بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أخت عقبة بن عامر بالكفارة مع عجزها عن المشي.

ولأن النذر كاليمين. ولو حلف ليصومن متتابعا فأخل به لزمته الكفارة.

وأما كونه يلزمه الاستئناف إذا أفطر لغير عذر؛ فلأن التتابع ينقطع بالفطر لغير عذر، وذلك يوجب الاستئناف ضرورة الوفاء بالتتابع.

وأما كونه إذا أفطر لسفر أو ما يبيح الفطر يلزمه الاستئناف على وجه؛ فلأنه أفطر باختياره. أشبه ما لو أفطر لغير عذر.

وأما كونه لا يلزمه ذلك على وجه؛ فلأن فطره لعذر. أشبه ما لو أفطر لمرض أو حيض. ويجيء على قول الخرقي أنه يخير بين الاستئناف وبين البناء والقضاء والكفارة؛ لما تقدم.

فإن قيل: قد ذكر المصنف رحمه الله المرض فيما يوجب القضاء لا غير، من غير فرق بين الموجب للفطر منه وبين المبيح. ثم حكى فيما يبيح الفطر وجهين فهل يجب تأويل المرض بالمخوف ليكون موجبا للفطر كالمعطوف عليه وهو الحيض، أم يحمل على إطلاقه؟ وعلى تأويله لا إشكال وعلى حمله على إطلاقه ما الفرق بين المرض المبيح وبين السفر المبيح؟

---

(١) الممتع ٤/٤٩٩

قيل: هو محمول على التأويل المذكور. ويؤيده ما حكاه أبو الخطاب في هدايته. وعلى ظاهر كلام المصنف رحمه الله أن المرض يبيح الفطر مطلقا سواء كان مخوفا أو لا، ويؤيده أنه ذكر في **المغني** عن أبي الخطاب أن المرض غير المخوف؛ كالسفر فيه وجهان، وأنه فرق بين الموجب للفطر وبين المبيح له ثم قال: ولم أر هذا عن غيره.." (١)

"قال: (وإن نذر رقبة فهي التي تجزئ عن الواجب؛ إلا أن ينوي رقبة بعينها).

أما كون من نذر رقبة لا تجزئ عنها إلا الرقبة التي تجزئ عن الواجب إذا لم ينو رقبة بعينها؛ فلأن النذر المطلق يحمل على المعهود، والرقبة التي تجزئ عن الواجب معهودة شرعا. فوجب حمل المطلق عليها.

وأما كونه إذا نوى رقبة بعينها تجزئ عما نوى؛ فلأنه نوى ما لفظه يحتمل.

قال: (وإن نذر الطواف على أربع طاف طوافين. نص عليه).

أما كون من نذر الطواف على أربع يطوف طوافين؛ فلأن ابن عباس قال ذلك.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: الأولى أن يلزمه طواف واحد على رجليه، ولا يلزمه ذلك على يديه؛ لأنه ليس بمشروع.

فأما قول المصنف رحمه الله: نص عليه؛ فتأكيد، ورفع لوهم كون ذلك قولا لبعض الأصحاب.." (٢)

"وأما كون الأفضل الإجابة إليه إذا أمن نفسه في قول ابن حامد؛ فلأنه كما فيه خطر فكذا فيه أجر عظيم، ولذلك جعل الله للمجتهد فيه أجرا مع الخطأ، وأجرين مع الإصابة، وأسقط عنه حكم الخطأ.

ولأن فيه الأمر بالمعروف، ونصر المظلوم، وأداء الحق إلى مستحقه، ورد الظالم عن ظلمه، ولذلك تولاه الرسول صلى الله عليه وسلم.

وعن ابن مسعود أنه قال: «لأن أجلس قاضيا بين اثنين لحق أحب إلي من عبادة سبعين سنة».

وحكى المصنف رحمه الله في **المغني** أن ابن حامد قال: إن كان -يعني المطلوب- رجلا خاملا لا يرجع إليه في الأحكام، ولا يعرف فالأولى له توليه القضاء؛ ليرجع إليه في الأحكام، ويقوم به حق. وإن كان مشهورا في الناس بالعلم يرجع إليه في تعليم العلم والفتوى، فالأولى له الاشتغال بذلك؛ لما فيه من تحصيل النفع مع الأمن من التغرر.

قال: (ولا تثبت ولاية القضاء إلا بتولية الإمام أو نائبه).

---

(١) الممتع ٤/٥٠٠

(٢) الممتع ٤/٥٠٣

أما كون ولاية القضاء لا تثبت بغير ولاية الإمام أو نائبه؛ فلأن ولاية القضاء حكم على الناس بالرجوع إلى أقوال القضاة، ومن ليس بإمام أو نائبه ليس له الحكم على الناس، ولا يجب عليهم الرجوع على من ولاه عليهم.

وأما كونها تثبت بتولية الإمام؛ فلأن الإمام هو ولي أمر المسلمين، وصاحب الأمر والنهي، وهو واجب الطاعة، مسموع الكلمة، مالك لجميع الولايات الشرعية الحكمية والحربية.

وأما كونها تثبت بولاية نائبه؛ فلأنه منزل منزلته، وقائم مقامه، ولذلك تجب طاعته والرجوع إلى قوله.." (١)

"وأما كونه ينفذ فيمن طرأ إليه؛ فلأن الطارئ إلى مكان يعطى حكم أهله في كثير من الأحكام. ألا ترى أن الدماء الواجبة لأهل مكة يجوز تفريقها في الطارئ إليها كأهلها.

قال: (ويجوز أن يولى قاضيين أو أكثر في بلد واحد يجعل إلى كل واحد عملا، فيجعل إلى أحدهما الحكم بين الناس وإلى الآخر عقود الأنكحة. فإن جعل إليهما عملا واحدا جاز، وعند أبي الخطاب لا يجوز).

أما كون الإمام يجوز أن يولي قاضيين أو أكثر في بلد واحد يجعل لكل واحد منهما عملا كما مثل المصنف رحمه الله؛ فلأن ذلك ليس فيه ضرر، والإمام كامل الولاية. فوجب أن يملك ذلك؛ كتولية القاضي الواحد.

وأما كونه يجوز إذا جعل إليهما عملا واحدا عند غير أبي الخطاب؛ فلأنه يجوز أن يستخلف الإمام في البلدة التي هو فيها فيكون في البلدة قاضيان. فجاز أن يكون فيها قاضيان أصليان.

وأما كونه لا يجوز عند أبي الخطاب؛ فلأنه يؤدي إلى إيقاف الأحكام والخصومات؛ لأن القاضيين يختلفان في الاجتهاد فيؤدي إلى ذلك. وهذا صوابه.

والأول أصح عند المصنف رحمه الله. قاله في **المغني**.

قال: (وإن مات المولي أو عزل المولى مع صلاحيته لم تبطل ولايته في أحد الوجهين، وتبطل في الآخر. وهل ينعزل قبل العلم بالعزل؟ على وجهين بناء على الوكيل).

أما كون ولاية المولى لا تبطل بما ذكر في وجه؛ فلأنه عقد عقد لمصلحة المسلمين. فلم يبطل بموته؛ كما لو عقد الولي النكاح على موليته ثم مات أو فسخه.

وأما كونها تبطل في وجه؛ فلأنه نائبه فتبطل ولايته بما ذكر؛ كوكيله.

ويؤيد بطلان الولاية بالعزل «أن عمر رضي الله عنه قال: لأعزلن أبا مريم وأولي رجلا إذا رآه الفاجر فرقه. فعزله وولى كعب بن سور».

---

(١) الممتع ٤/٥٠٧

و«ولى علي أبا الأسود ثم عزله فقال: لم عزلتني وما خنت ولا حبيت؟ قال: رأيتك يعلو كلامك على الخصمين».." [١]

"وأما كونه يحلف من لم يحضر له خصم ويخلي سبيله؛ فلأن الظاهر صدقه إذ لو كان له خصم لحضر.

قال: (ثم ينظر في أمر الأيتام والمجانين والوقوف. ثم في حال القاضي قبله، فإن كان ممن يصلح للقضاء لم ينقض من أحكامه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعا. وإن كان ممن لا يصلح نقض أحكامه وإن وافقت الصحيح. ويحتمل أن لا ينقض الصواب منها).

أما كون القاضي ينظر في أمر الأيتام والمجانين والوقوف بعد النظر في أمر المحبسين؛ فلأن المنظور عليه لا يمكنه المطالبة؛ لأن الصبي والمجنون لا قول لهما. وأرباب الوقوف؛ كالفقراء والمساكين لا يتعينون.

وأما كونه ينظر في حال القاضي قبله فظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا على أن القاضي المتولي يتبع قضايا القاضي قبله؛ لأنه يحتمل أن يكون مصيبا، ويحتمل أن لا يكون مصيبا.

وقال في **المغني**: ليس عليه ذلك؛ لأن الظاهر صحة قضايا من قبله وصوابها. وأنه لا يولى إلا من هو أهل الولاية.

وهذا صحيح لكن في غير قضاة هذا الزمان. فعلى هذا يترجح وجوب تتبعها.

وأما كونه لا ينقض من أحكام من يصلح للقضاء ما لم يخالف ما ذكره؛ فلأنه يؤدي إلى أنه لا يثبت حكم أصلا؛ لأن الحاكم الثالث يخالف الثاني، والرابع يخالف الثالث وهلم جرا. ولذلك أن عمر رضي الله عنه خالف أبا بكر في مسائل، وخالف علي عمر في مسائل، ولم ينقض واحد منهما على الآخر.

وفي الحديث: «أن أهل نجران جاؤوا إلى علي. فقالوا: يا أمير المؤمنين! كتابك بيدك وشفاعتك بلسانك. فقال: ويحكم! إن عمر كان رشيد الأمر. ولا أرد قضاء قضى به عمر» (١). رواه سعيد.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ١٢٠ كتاب آداب القاضي، باب من اجتهد من الحكام ثم تغير اجتهاده ...." [٢]

---

(١) الممتع ٤/١٥٥

(٢) الممتع ٤/٥٣٤

"وروي «أن عمر حكم في المشركة بإسقاط الأخوة من الأبوين. ثم شرك بينهم بعد، وقال: تلك على ما قضينا وهذا على ما قضينا» (١).

وقضى في الجد بقضايا مختلفة الحال (٢).

وأما كونه ينقض ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعا؛ فلأنه حكم لم يصادف شرطه. فوجب نقضه. بيان مخالفة الشرط: أن الشرط الاجتهاد وعدم مخالفة ما ذكر.

ولأنه إذا وجد ذلك فقد فرط. فوجب نقض حكمه؛ كما لو حكم بشهادة كافرين.

إذا ثبت هذا فظاهر إطلاق المصنف رحمه الله هنا أن القاضي المتولي ينقض حكم القاضي قبله سواء كان من حقوق الله أو حقوق الآدميين. وفي **المغني**: إن كان الحق لله؛ كالعتاق والطلاق نقضه؛ لأن له النظر في حقوق الله سبحانه، وإن كان يتعلق بحقوق الآدميين لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه؛ لأن الحاكم لا يستوفي حقا لمن لا ولاية له عليه من غير مطالبة.

وأما كونه ينقض أحكام من لا يصلح للقضاء إذا لم توافق الصحيح؛ فلأن حكمه غير صحيح، وقضاؤه كلا فضاء؛ لعدم شرط القضاء فيه.

ولأن المانع من نقض حكم الصالح للقضاء نقض الاجتهاد بالاجتهاد وهو مفقود هاهنا؛ لأن الأول ليس باجتهاد بحال.

وأما كونه ينقض أحكامه إذا وافقت الصحيح على المذهب؛ فلما ذكر.

وأما كونه يحتمل أن لا ينقض أحكامه الصواب منها؛ فلعدم الفائدة في ذلك. وهذا الاحتمال أصح؛ لما ذكر.

ولأن الحق وصل إلى مستحقه. فلم يجز نقض الحكم به؛ كحكم الصالح للقضاء.

---

(١) أخرجه الدارمي في سننه (٦٤٨) ١: ١١٢ في المقدمة، باب الرجل يفتي بالشيء ثم غيره.

(٢) ر. سنن سعيد بن منصور ١: ٤٧.." [1]

"قال: (وإن استعداه أحد على خصم له أحضره. وعنه: لا يحضره حتى يعلم أن لما ادعاه أصلا).

أما كون القاضي يحضر من استعدي عليه قبل علمه بمعاملة جرت لعين المستعدي والمستعدى عليه على المذهب؛ فلأن في تركه تضييعا للحقوق وإقرارا للظلم؛ لأنه قد يكون للمستعدي على المستعدى عليه حق

---

(١) الممتع ٤/٥٣٥

من غصب أو وديعة أو عارية أو غير ذلك، ولا يعلم بينهما معاملة. فإذا لم يعد عليه سقط حقه.

وأما كونه لا يحضره حتى يعلم أن لما ادعاه أصلا على رواية؛ فلأنه مروي عن علي رضي الله عنه.

ولأن في إعداء كل مستعد على مستعدى عليه تبذل أهل المروءات، وإهانة ذوي الهيئات. وربما استعدى شخص على من لا حق له عليه؛ ليفتدي المدعى عليه نفسه من حضوره وشر خصمه.

والأول أصح؛ لأن ضرر فوات الحق أعظم من حضور مجلس الحكم.

قال: (وإن استعداه على القاضي قبله سأله عما يدعيه فإن قال: لي عليه دين من معاملة أو رشوة: راسله. فإن اعترف بذلك أمره بالخروج منه. وإن أنكر وقال: إنما يريد تبذيلي، فإن عرف أن لما ادعاه أصلا أحضره وإلا فهل يحضره؟ على روايتين).

أما كون القاضي المتولي يسأل المستعدي على القاضي قبله عما يدعيه؛ فلأن في بعض الأحوال يلزمه إحضار القاضي قبله وفي بعضها لا يلزمه. فلم يكن بد من السؤال؛ ليتميز الحال من الحال.

وأما كونه يراسله إذا ادعى المستعدي دينا أو رشوة؛ فلأن الطريق إلى استخلاص حق المستعدي: إما المراسلة أو الإحضار، والإحضار فيه امتهان القاضي وتبذيله، وتطرق أعدائه مع كثرتهم إلى قصد ذلك. وإذا تعذر الإحضار تعين مراسلته؛ لتعينها إلى استخلاص الحق.

ولم يذكر المصنف رحمه الله في **المغني** المراسلة إليه بل قال: إن ذكر -يعني المستعدي- أنه يدعي عليه حقا من دين أو غصب أعداه عليه كغير القاضي.

والأول أظهر من حيث الدلائل؛ لأنه لا بد من مزية القاضي على غيره.." [1]

"حق. فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي: ألك بينة؟ قال: لا. قال: فلك يمينه» (١). رواه الترمذي. وقال: حديث حسن صحيح.

وأما كونه إذا قال: لي بينة يأمره بإحضارها؛ فلأن إحضارها طريق إلى تخليص الحق.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: إذا ذكر -يعني المدعي- أن له بينة حاضرة لم يقل له الحاكم: أحضرها؛ لأن ذلك حق له فله أن يفعل ما يرى.

وطريق الجمع بين نقله هنا وبين نقله في **المغني**: أن يحمل أمره بالإحضار على الإذن له فيه؛ لأن حمل الأمر على حقيقته ينافيه. ذكره المصنف رحمه الله في **المغني**، وينافي الدليل أيضا.

وأما كونه إذا أحضر بينة يسمعها الحاكم؛ فلأن الإحضار من أجل السماع.

---

(١) الممتع ٤/٥٣٦

فإن قيل: كيف صفة ما يفعل الحاكم حتى يحصل له السماع؟

قيل: إذا حضرت البينة لا يقول الحاكم لها: قولي ما عندك بل يقول: من كانت عنده شهادة فليذكره إن شاء ما عنده.

وأما كون الحاكم يحكم بالبينة إذا سأله المدعي الحكم ببينته؛ فلأن الغرض من الدعوى وحضور البينة وسماعها: الحكم.

قال: (ولا خلاف في أنه يجوز له الحكم بالإقرار والبينة في مجلسه إذا سمعه معه شاهدان. فإن لم يسمعه معه أحد أو سمعه معه (٢) شاهد واحد فله الحكم به. نص عليه، وقال القاضي: لا يحكم به).

أما كون الحاكم لا خلاف في أنه يجوز له الحكم بالإقرار والبينة في مجلس حكمه إذا سمعه معه شاهدان؛ فلأن التهمة الموجودة في الحكم بالعلم منتفية هاهنا.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٣٩) ١: ١٢٣ كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٢٤٥) ٣: ٢٢١ كتاب الأيمان والنذور، باب فيمن حلف يمينا ليقتطع بها مالا لأحد.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٤٠) ٣: ٦٢٥ كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

(٢) زيادة من المقنع.." [١]

"وأما كون مدعي الحق له ملازمته؛ فلأن جنبته أقوى منه.

ولأن حقه قد ثبت في الظاهر. ودعوى الإبراء الأصل عدمها (١).

وأما كون المدعي يحلف على نفي ما ادعى عليه من القضاء أو الإبراء إذا عجز المدعى عليه عن إقامة بينته؛ فلأنه مدعى عليه بذلك، ومن ادعي عليه بشيء ولا بينة عليه حلف على نفي ما ادعي عليه.

وأما كونه يستحق ما ادعى به بعد ذلك؛ فلأن المدعى عليه أقر بالمدعى به وادعى إسقاطه بالقضاء أو بالإبراء، ولم يظهر واحد منهما. فوجب أن يستحق ما ادعاه عملا بالمقتضي له السالم عن معارضة القضاء والإبراء.

---

(١) الممتع ٤/٥٤١

قال: (فإن ادعى عليه عينا في يده فأقر بها لغيره جعل الخصم فيها. وهل يحلف المدعى عليه؟ على وجهين).

أما كون المقر له يجعل الخصم في العين المدعى بها؛ فلأنه بإقرار صاحب اليد أن العين له وهي محل الخصومة. فتعين أن يكون المقر له الخصم فيها.

وأما كون المدعى عليه يحلف على وجه؛ فلأنه لو أقر لزمه غرامة بدل العين؛ كما لو قال من في يده شيء: هذا لزيد. ثم قال: لعمرو. ومن لزمته الغرامة عند الإقرار لزمته اليمين عند الإنكار.

وأما كونه لا يحلف على وجه؛ فلأن الخصومة انتقلت إلى غيره. فوجب أن ينتقل اليمين إلى ذلك الغير.

قال: (فإن كان المقر له حاضرا مكلفا سئل. فإن ادعاها لنفسه ولم تكن له بينة حلف وأخذها. وإن أقر بها للمدعي سلمت إليه. وإن قال: ليست لي ولا أعلم لمن هي سلمت إلى المدعي في أحد الوجهين، وفي الآخر: لا تسلم إليه إلا ببينة، ويجعلها الحاكم عند أمين).

أما كون المقر له يسأل إذا كان حاضرا مكلفا؛ فلأن الحال تختلف فإذا سئل تبين المدعي من غيره.

---

(١) العبارة غير واضحة في د. وقد استظهرناها بالاستعانة **بالكافي** ٤: ٢٣٩.." [١]

"إذا تقرر مأخذ الوجهين فقال المصنف رحمه الله في **المغني**: والأول أقيس وأولى. وأجاب عن الحديث المذكور بأنه مخصوص بما إذا اتفقا على القسمة فإنها تجوز برضى المستضر، وما ذكر في معناه. فوجب إلحاقه به.

قال: (وإن كان بينهما عبيد أو بهائم أو ثياب ونحوها فطلب أحدهما قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر الآخر عليه، وقال القاضي: يجبر).

أما كون قسم ما ذكر لا يجبر عليه على قول غير القاضي؛ فلأن الأعيان المذكورة لا يمكن قسم كل عين منها. فلم يجز قسمها أعيانا بالقيمة؛ كما لو كان بين شريكين داران فطلب أحدهما قسم الدارين أعيانا بالقيمة.

وأما كونه يجبر عليه على قوله؛ فلأن الأعيان المذكورة إذا لم يمكن قسم كل عين صارت جميعها كالدار الواحدة؛ لأن اختلاف قيمة الجنس الواحد ليس بأكثر اختلافا من قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة فإن أراضي القرية تختلف، وصدر الدار خير من غيره، والاختلاف المذكور لم يمنع الإجبار على القيمة فكذا

---

(١) الممتع ٤/٥٤٨

الجنس الواحد. وقد ظهر الفرق بين الأعيان المذكورة وبين الدار من حيث إن قسم كل عين بما ذكر لا يمكن. بخلاف الدارين فإن قسم كل واحدة ممكنة.

قال: (وإن كان بينهما حائط لم يجبر الممتنع من قسمه. وإن استهدم لم يجبر على قسم عرصته. وقال أصحابنا: إن طلب قسمه طولا بحيث يكون له نصف الطول في كمال العرض أجبر الممتنع. وإن طلب قسمه عرضا وكانت تسع حائطين أجبر وإلا فلا).

أما كون الممتنع من قسم الحائط لا يجبر؛ فلأن في قسمه ضررا وذلك مانع منه.

وأما كون الممتنع من قسم عرصته لا يجبر على قول غير أصحابنا؛ فلأنه موضع للحائط. أشبه الحائط.

وأما كونه يجبر إذا طلب قسمه طولا كما تقدم ذكره وكونه يجبر إذا طلب قسمه عرضا وكانت تسع حائطين على قول أصحابنا؛ فلأن ذلك لا ضرر فيه البتة.." (١)

"وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: يجبر الممتنع؛ لأن الزرع كالشجر في الأرض، ولو كان لها شجر قسمت مع شجرها فكذلك هاهنا ولم يحك خلاف ذلك.

وأما كون الممتنع من قسم الزرع وحده لا يجبر؛ فلأن القسم لا بد فيه من تعديل المقسوم، وتعديل الزرع بالسهام لا يمكن؛ لأنه يشترط بقاؤه في الأرض المشتركة.

وأما كونهم إذا تراضوا على قسم الأرض مع زرعها والزرع قصيل أو قطن يجوز؛ فلأن ذلك ينتفع به في الحال على وجه لا جهالة فيه. فإذا وقع التراضي بقسمه جاز؛ كبيعه.

وأما كونه إذا كان بذرا أو سنابل قد اشتد حبها لا يجوز في وجه: أما في البذر؛ فلجهالته.

وأما في السنابل؛ فلأنه بيع بعضه ببعض مع عدم العلم بالتساوي، والجهل بالتساوي؛ كالعلم بالتفاضل.

وأما كونه يجوز فيهما في وجه؛ فلأن ذلك يدخل تبعا. فلم يعتبر العلم به في القسم؛ كالجهل بالأساسات.

وأما كونه يجوز في السنابل ولا يجوز في البذر في وجه للقاضي؛ فلأن مافي السنابل يؤكل لا ما في البذر.

قال: (وإن كان بينهما نهر أو قناة أو عين ينبع ماؤها فالماء بينهما على ما اشترطا عند استخراج ذلك. فإن اتفقا على قسمه بالمهايأة جاز. وإن أرادا قسم ذلك بنصب خشبة أو حجر مستو في مصدم الماء فيه ثقبان على قدر حق كل واحد منهما جاز. فإن أراد أحدهما أن يسقي بنصيبه أرضا ليس لها رسم شرب من هذا النهر جاز. ويحتمل أن لا يجوز. ويجيء على أصلنا: أن الماء لا يملك، وينتفع كل واحد منهما على قدر حاجته).

---

(١) الممتع ٤/٥٨١

أما كون الماء بين من استخرجه على ما وقع الاشتراط فيه عند الاستخراج؛ فلأن الماء من المباح فإن اتفق المستخرجان على قدر معلوم وجب اتباعه. دليله ما." (١)

"فصل [في نصب القاسم]

قال المصنف رحمه الله: (ويجوز للشركاء أن ينصبوا قاسما يقسم بينهم. وإن يسألوا الحاكم نصب قاسم يقسم بينهم. ومن شرط من ينصب: أن يكون عدلا عارفا بالقسمة فمتى عدلت السهام وأخرجت القرعة لزمت القسمة. ويحتمل أن لا تلزم فيما فيه رد بخروج القرعة حتى يرضيا بذلك).

أما كون الشركاء يجوز لهم أن ينصبوا قاسما يقسم بينهم؛ فلأن الحق لهم لا يعدوهم.

وأما كونهم يجوز لهم أن يسألوا الحاكم نصب قاسم يقسم بينهم؛ فلأن طلبة ذلك حق لهم. فجاز أن يسألوه الحاكم؛ كغيره من الحقوق.

وأما كون من شرط من ينصب أن يكون عدلا؛ فلأنه نائب الحاكم أو كنائبه.

وأما كون من شرطه أن يكون عارفا بالقسم؛ فلأنه لا يتمكن من فعلها بطريق الحق إلا بذلك.

فإن قيل: الشرطان المذكوران مشروطان فيمن نصبه الشريكان أم فيمن نصبه الشريكان ونصبه الحاكم.

قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا عوده إليهما.

وقال في **المغني**: من شرط قاسم الحاكم العدالة، ومعرفة الحساب والقسمة. وإن نصبا -يعني الشريكين- قاسما بينهما فكان على صفة قاسم الحاكم في العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحاكم في لزوم قسمته بالقرعة، وإن كان كافرا أو فاسقا لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما بها. ويكون وجوده فيما يرجع إلى لزوم القسمة كعدمه.." (٢)

"وأما كونه بينهما إذا كانت أيديهما عليه من طريق المشاهدة؛ فلأن المشاهدة أقوى من اليد الحكمية.

بدليل: لو تنازع الخياط وصاحب الدار الإبرة والمقص.

فإن قيل: قول القاضي يجري في مسألة الزوجين أم هو مختص بمسألة الصانعين؟ .

قيل: هو عام فيهما، وصرح به المصنف رحمه الله في **المغني** في مسألة الزوجين.

قال: (وكل من قلنا هو له فهو له مع يمينه إذا لم تكن بينة. وإن كانت لأحدهما بينة حكم له بها).

أما كون اليمين على من حكم له بشيء مما ذكر؛ فلأنه يحتمل أن لا يكون ذلك له فشرعت اليمين من

---

(١) الممتع ٥٨٣/٤

(٢) الممتع ٥٨٨/٤

أجل ذلك.

وأما كون من كانت له بينة يحكم له بها؛ فلأن البينة تظهر صاحب الحق، وذلك يقتضي كون الحكم له دون غيره.

قال: (وإن كان لكل واحد منهما بينة حكم بها للمدعي في ظاهر المذهب. وعنه: إن شهدت بينة المدعى عليه أنها له نتجت في ملكه أو قطيعة من الإمام قدمت بينته، وإلا فهي للمدعي ببينته. قال القاضي فيهما: إذا لم يكن مع بينة الداخل ترجيح لم يحكم بها رواية واحدة. وقال أبو الخطاب: فيه رواية أخرى أنها مقدمة بكل حال).

أما كون العين يحكم بها للمدعي في ظاهر المذهب إذا كان لكل واحد من المتنازعين بينة وكانت العين في يد أحدهما؛ فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» (١). جعل النبي صلى الله عليه وسلم جنس البينات في جنبة المدعي فلا تبقى في جنبة المنكر بينة.

ولأن بينة المدعي أكثر فائدة فوجب تقديمها. ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئا لم يكن، وبينة المنكر إنما تثبت ظاهرا دلت اليد عليه.

وأما كون المدعى عليه تقدم بينته إذا شهدت بالسبب من نتاج أو غيره كما مثل المصنف رحمه الله؛ فلأن البينة إذا شهدت بالسبب فقد أفادت ما لا تفيده

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٤٥.." (١)

"فعلى هذا إن لم يكن لأحد المتنازعين بينة فهو بينهما لثبوت يدهما عليه، وإن كان لأحدهما بينة حكم له بها؛ لأن البينة تظهر صاحب الحق، وذلك يعلق حقه بالعين المتنازع فيها.

قال: (فإن كان لكل واحد بينة قدم أسبقهما تاريخا، فإن وقتت إحداهما (١) وأطلقت الأخرى فهما سواء. ويحتمل تقديم المطلقة).

أما كون أسبق البينتين تاريخا تقدم؛ فلأنها أثبتت الملك لصاحبها في وقت لم تعارضها فيه البينة الأخرى، وذلك يقتضي ثبوت الملك له في ذلك الزمان، وفي الزمان الثاني تعارضت فيه البينتان وسقطتا. فوجب بقاء الملك الثابت في الزمان الأول إلى حال التنازع.

فعلى هذا إذا شهدت بينة أحدهما أن العين له منذ سنتين وشهدت بينة الآخر أنها له منذ سنة فهي لمن

---

(١) الممتع ٤/٦٠٠

شهدت بينته أنها له منذ سنتين.

إذا علم ذلك فقال المصنف رحمه الله في **المغني** في تقديم أقدمهما تاريخا: قال القاضي: هو قياس المذهب. ثم قال: وظاهر كلام الخرقي التسوية بينهما؛ لأن الشاهد بالملك الحادث أولى؛ لجواز أن يعلم به دون الأول فإذا لم ترجح بهذا فلا أقل من التساوي. وأجاب عن ثبوت الملك في الزمن الأول بأن ذلك إنما يثبت تبعا للزمن الحاصل. بدليل: أنه لو انفردت الدعوى بالزمن الماضي لم تسمع.

وأما كون البينتين سواء إذا وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى على المذهب؛ فلأنه ليس في المطلقة ما يقتضي التقدم. فوجب استواؤهما؛ كما لو أطلقتا جميعا.

وأما كون المطلقة يحتمل تقديمها؛ فلأن الملك فيها يجوز أن يكون ثابتا قبل المؤقتة فيكون مقدما عليها.

والأول أصح؛ لما تقدم. والاحتمال المذكور معارض بمثله؛ لأنه يجوز أن تكون الموقتة قبل المطلقة، وإذا تساويا في الاحتمال المذكور وجب استواؤهما.

---

(١) في د: أحدهما.." (١)

"وأما كون الحكم على ما تقدم؛ فلأنه في معناه.

فعلى هذا يكون هنا روايتان:

إحداهما: يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها؛ لما تقدم من حديث أبي هريرة قياسا على ما إذا لم تكن بينة.

والثانية: تقسم العين بينهما نصفين؛ لما روى أبو موسى الأشعري «أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعير فأقام كل واحد منهما بينة أنه له. فقضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين» (١).

والأول أصح؛ لما تقدم. وحديث أبي موسى محمول على ما إذا كانت العين في يد المنازعين. ولذلك جاء في بعض الألفاظ: «ولا بينة لهما» (٢).

قال: (فإن أقر صاحب اليد لأحدهما لم يرجح بذلك).

أما كون من ذكر لا يرجح به؛ فبالقياس على إقرار العبد لأحد المدعيين.

وأما الحكم فيما ذكر مما علم أن المنقول في **المغني** والهداية وغيرهما من الكتب أن المقر له يصير بالإقرار

---

(١) الممتع ٤/٦٠٣

صاحب يد؛ لأن المقر بإقراره له تبين أن يده مبنية على يد المقر له، ويلزم من ذلك صيرورة المقر له صاحب يد. ولفظ المصنف رحمه الله في **المغني** بعد أن ذكر المسألة: فإن أقر بها لواحد منهما أم لواحد غيرهما صار المقر له صاحب اليد ويكون حكمه كالحكم فيما إذا تداعيا عينا في يد أحدهما على ما مضى وذلك يقتضي ترجيح قوله.

قال: (وإن ادعاها صاحب اليد لنفسه فقال القاضي: يحلف لكل واحد منهما وهي له. وقال أبو بكر: بل يقرع بين المدعيين، ويكون لمن تخرج له القرعة).

أما كون صاحب اليد يحلف لكل واحد من المدعيين على قول القاضي؛ فلأنهما وإن تعارضت بينتاهما ليسا بأقل ممن لا بينة لهما، وهناك يحلف صاحب اليد؛ لاحتمال صدق المدعيين. فلأن يحلف هنا بطريق الأولى.

---

(١) سبق تخريجه ص: خطأ! الإشارة المرجعية غير معرفة ..

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٦١٣) ٣: ٣١٠ كتاب الأقضية، باب الرجلين يدعيان شيئا وليست لهما بينة.." [1]

"وأما كونه فرضا على الكفاية؛ فلأن الحاجة المذكورة تندفع بشهادة من تقوم به الكفاية.

وأما كونه إذا قام بها من يكفي يسقط عن الباقين وإذا لم يقم بها من يكفي يتعين على من وجد؛ فلأن هذا شأن فرض الكفاية.

وأما كون الأداء فرضا على الكفاية؛ فلما ذكر في التحمل.

فعلى هذا حكمه حكمه.

وأما كونه فرض عين على رواية؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال تعالى: ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [البقرة: ٢٨٣].

ولأن الشهادة أمانة. فلزم أداؤها عند طلبها؛ كالوديعة، ولقوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء: ٥٨].

وقول المصنف رحمه الله: قال الخرقي ... إلى آخره؛ تنبيه على هذه الرواية.

وقال صاحب المستوعب فيه: ظاهر كلام الإمام أحمد رحمه الله أنه فرض عين؛ لعموم القرآن. يعني ما

---

(١) الممتع ٤/٦٠٨

تقدم من الآيات.

قال: (ولا يجوز لمن تعينت عليه أخذ الأجرة عليها، ولا يجوز ذلك لمن لم تتعين عليه في أصح الوجهين).

أما كون أخذ الأجرة لا يجوز لمن لم تتعين عليه في أصح الوجهين؛ فلأنه أخذ أجرة عن فرض؛ لأن فرض الكفاية إذا قام به البعض وقع منهم فرضا.

وأما كونه يجوز في وجه؛ فلأن النفقة على عياله فرض عين. فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: من له كفاية ليس له أخذ الجعل -يعني الأجرة -، ومن ليس له كفاية ولا تعينت عليه احتمل ذلك -يعني الجواز-، واحتمل أن لا يجوز.

قال: (ومن كانت عنده شهادة في حد لله أبيح إقامتها ولم تستحب، وللحاكم أن يعرض لهم بالوقوف عنها في أحد الوجهين. ومن كانت عنده شهادة لآدمي." [1]

"وأما كونه يحتمل أن لا يشهد حتى يتكرر؛ فلأنه لو أكذبه لم تجز الشهادة، وسكوته يحتمل التصديق والتكذيب.

واعلم أن هذا تعليل كلام المصنف رحمه الله وعندي فيه نظر وذلك: أن الاختلاف المذكور في الصورة المذكورة ينبغي أن يكون في دعوى الأبوة؛ مثل: أن يدعي شخص أنه ابن فلان وفلان يسمع فسكت فإن السكوت إذا نزل هنا منزلة الإقرار صار كما لو أقر الأب أن فلانا ابنه، ويقوي ما ذكر أن المصنف رحمه الله ذكر في **المغني** إذا سمع رجلا يقول لصبي: هذا ابني جاز أن يشهد، وإذا سمع الصبي يقول: هذا أبي والرجل يسمعه فسكت جاز أن يشهد؛ لأن سكوت الأب إقرار، والإقرار يثبت النسب فجازت الشهادة به. ثم قال: وإنما أقيم السكوت مقام النطق؛ لأن الإقرار على الأنساب الفاسدة لا تجوز. بخلاف سائر الدعاوي.

ولأن النسب يغلب فيه الإثبات. ألا ترى أنه يلحق بالإمكان في النكاح.

ثم قال: وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يشهد به مع السكوت حتى يتكرر.

والعجب من المصنف حيث نقل في **المغني** الاحتمال المذكور في هذه الصورة عن أبي الخطاب، وإنما ذكر أبو الخطاب الاحتمال المذكور في الصورة التي ذكرها المصنف رحمه الله هنا، وفي خروج الخلاف فيما إذا ادعى شخص أنه ابن آخر بحضور الآخر فسكت ظاهر، وفي الصورة التي ذكرها المصنف رحمه الله هنا الخلاف فيها بعيد.

---

(١) الممتع ٤/٦٢٤

قال: (وإن رأى شيئا في يد إنسان يتصرف فيه تصرف الملاك من النقض والبناء والإجارة والإعارة ونحوها جاز أن يشهد بالملك له. ويحتمل أن لا يشهد إلا باليد والتصرف).

أما كون من رأى ما ذكر يجوز أن يشهد له بالملك على الأول؛ فلأن اليد دليل الملك، واستمرارها من غير منازع يقويها. فجرى مجرى الاستفاضة.

وأما كونه يحتمل أن لا يشهد إلا باليد والتصرف؛ فلأن يده تحتمل أن تكون غير مالكة.

والأول أصح؛ لما تقدم.." [1]

"وأما كون ذلك كذلك سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أم لم يكونا؛ فلأن قول البينة يعضده الأصل؛ لأن الأصل عدم وارث غير من شهد له.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: ويحتمل أن لا يقبل من غير أهل الخبرة الباطنة؛ لأن عدم علمهم بوارث ليس بدليل على عدمه. بخلاف أهل الخبرة.

وأما كونه يحتمل أن يسلم المال إليه إذا قال الشاهدان: لا نعلم له وارثا غيره في هذا البلد؛ فبالقياس على ما ذكر قبل.

وأما كونه يحتمل أن لا يسلم المال إليه حتى يستكشف القاضي عن خبره في البلدان التي سافر إليها؛ فلأنه قبل الكشف عن ذلك لا يحصل الظن بنفي غير المشهود له؛ لأنه لا يلزم من عدم علمهما بوارث في البلد المذكور عدم علمهما بوارث، فلا يحصل الظهور الحاصل بقولهما: لا نعلم له وارثا سواه.

وهذا أولى؛ لما ذكر من أنه لا يحصل بقولهما: لا نعلم له وارثا سواه في هذا البلد كحصوله في قولها: لا نعلم له وارثا سواه، وذلك يوجب قيام الفرق بينهما فلا يصح القياس معه.

قال: (وتجوز شهادة المستخفي. ومن سمع رجلا يقر بحق أو يشهد شاهدا بحق، أو سمع الحاكم يحكم أو يشهد على حكمه وإنفاذه في إحدى الروايتين، ولا يجوز في الأخرى حتى يشهده على ذلك).

أما كون شهادة المستخفي وهو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع إقراره يجوز في إحدى الروايتين والمراد قبول شهادته؛ فلأنه شهد بما سمع، وذلك هو المعتبر في صحة التحمل.

ولأن حاجة صاحب الحق قد تدعو إلى ذلك؛ مثل: أن يكون خصمه يقر سرا ويجحد جهرا. فلو لم تقبل شهادة المستخفي؛ لأدى الحال إلى بطلان حق صاحبه في هذه الصورة المذكورة.." [2]

---

(١) الممتع ٤/٦٢٩

(٢) الممتع ٤/٦٣٥

"وأما كون ذلك مما يعتبر في العدالة؛ فلأن من فقد المروءة اتصف بالدناءة والسقاطة، وكلاهما يذهب الثقة بقول المتصف بهما.

وأما كون استعمال المروءة وهو ما ذكر المصنف رحمه الله؛ فلأن من لم يفعل ما ذكر فعله ولم يترك ما ذكر تركه لا مروءة له عرفا. فكذا شرعا.

وأما كون شهادة المصافع ... إلى آخره لا تقبل؛ فلأن الفاعل لشيء من ذلك لا مروءة له، وقد تقدم أنها معتبرة في العدالة.

وكلام المصنف رحمه الله مشعر بأن شهادة من ذكر لا تقبل؛ لعدم المروءة لأنه ذكر استعمال المروءة ثم قال: فلا تقبل شهادة المصافع ... إلى آخره. وعندي في ذلك نظر وهو: أن المتصف بخصلة مما تقدم ذكره ينبغي أن ينظر فيما اتصف به فإن كان محرما كان المانع من قبول شهادته كونه فاعلا للمحرم، لا يقال فعل المحرم مرة لا يمنع من قبول الشهادة؛ لأن الكلام مفروض فيمن هو متصف بذلك مستمر عليه، مشهور به، وذلك يقتضي المداومة عليه، والمداومة على الصغيرة كالكبيرة في رد الشهادة، وإن كان ما اتصف به غير محرم كان المانع من قبول شهادته كون فعله دناءة وسفها ويكون ذلك من باب فقد المروءة.

فعلى هذا لا بد من بيان من فعله دناءة وسفه من غير تحريم ممن فعله محرم فنقول: أما المصافع والمتمسخر، ومن يأكل في السوق، ويمد رجليه في مجمع من الناس، ويحدث بمباضعته أهله: ففعل كل واحد منهم دناءة وسفه من غير حرمة:

أما كونه دناءة وسفها؛ فظاهر.

وأما كونه من غير حرمة؛ فلأن التحريم من الشرع ولم يرد به.

قال المصنف في **المغني** بعد أن ذكر الآكل في السوق وماد رجليه في مجمع الناس والمتمسخر والمحدث بمباضعته أهله: فإن فعل شيئا من هذا مختفيا لم يمنع قبول الشهادة؛ لأن مروءته لا تسقط بذلك، ولو كان ذلك محرما لكان الاختفاء به مانعا كالإظهار؛ لاستوائهما في الحرمة.

وأما **المغني** ففعله حرام؛ لأن الله تعالى قال: ﴿واجتنبوا قول الزور﴾ [الحج: ٣٠]. قال ابن الحنفية: هو الغناء.." (١)

"وعن ابن عباس وابن مسعود: «في تفسير قوله تعالى: ﴿ومن الناس من يشتري لهو الحديث﴾ [لقمان: ٦] هو الغناء» (١).

---

(١) الممتع ٤/٦٥٠

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الغناء ينبت النفاق في القلب» (٢).

وعن أبي أمامة «أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء **المغنيات**، وبيعهن، والتجارة فيهن، وأكل أثمانهن حرام» (٣). رواه الترمذي.

فعلى هذا ترد شهادته؛ لفعله المحرم.

وقال بعض أصحابنا: الغناء غير حرام؛ لأن عائشة قالت: «كان عندي جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر فقال: مزمور الشيطان في بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: دعهما فإنها أيام عيد» (٤).

وعن عمر رضي الله عنه قال: «الغناء زاد الراكب».

فعلى هذا لا تقبل شهادة **المغني** وهو من يجمع الناس عليه يأتيهم مرة ويأتونه أخرى؛ لأن في فعله دناءة وسفها، ولا ترد شهادة من يغني لنفسه على وجه الترنم؛ لأن ذلك لا تحريم فيه ولا دناءة.

وأما الرقاص ففعله دناءة؛ لما يتضمن من قلة العقل. ولم أجد عن أصحابنا ما يقتضي تحريمه، والأصل الإباحة.

وأما اللاعب بالنرد والشطرنج ففعلهما حرام: أما كون اللعب بالنرد حراما؛ فلما روى أبو موسى قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله» (٥).

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٢٢٣ كتاب الشهادات، باب الرجل يغني فيتخذ الغناء صنعة ...

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤٩٢٧) ٤: ٢٨٢ كتاب الأدب، باب كراهية الغناء والزمر.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٢) ٣: ٥٧٩ كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع **المغنيات**.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٦٨) ٢: ٧٣٣ كتاب التجارات، باب ما لا يحل بيعه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٩٠٩) ١: ٣٢٤ كتاب العيدين، باب سنة العيدين لأهل الإسلام.

وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٩٢) ٢: ٦٠٧ كتاب صلاة العيدين، باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه في أيام العيد.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٤٩٣٨) ٤: ٢٨٥ كتاب الأدب، باب في النهي عن اللعب بالنرد.." [1]

---

(١) الممتع ٤/٦٥١

"على ما فعلوا وهم يعلمون أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم ... الآية﴾ [آل عمران: ١٣٥ - ١٣٦]، وقوله تعالى: ﴿ومن يعمل سوءا أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفورا رحيما﴾ [النساء: ١١٠]، وقول عمر رضي الله عنه: «بقية عمر المرء لا قيمة له يدرك فيه ما فات، ويحيي فيه ما أمات، ويبدل الله سيئاته حسنات» فينبغي أن يحصل بمجردها قبول التوبة، وقوله تعالى: ﴿فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح﴾ (١) [المائدة: ٣٩] يحتمل أنه أراد بالإصلاح التوبة وعطف ﴿وأصلح﴾ على ﴿تاب﴾؛ لاختلاف اللفظين، ودليل ذلك قول عمر: «تب أقبل شهادتك» (٢).

قال: (ولا تقبل شهادة القاذف حتى يتوب. وتوبته: أن يكذب نفسه. وقيل: إن علم صدق نفسه فتوبته أن يقول: قد ندمت على ما قلت ولا أعود إلى مثله، وأنا تائب إلى الله تعالى منه).

أما كون شهادة القاذف لا تقبل قبل توبته؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون﴾ [النور: ٤].

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تجوز شهادة خائن ولا محدود في الإسلام» (٣). رواه ابن ماجة.

والمراد بالقاذف المردود الشهادة: القاذف الذي لم يأت بما يحقق قذفه فإن أتى بما يحقق قذفه؛ كالزوج يقذف زوجته، ويحقق قذفه بالبينة أو باللعان. والأجنبي يقذف أجنبية، ويحقق قذفه بالبينة: لم ترد شهادته؛ لأن الله تعالى إنما رتب الأحكام المذكورة على مجموع الأمرين: من رمي المحصنات، وعدم الإتيان بأربعة شهداء. فإذا لم يوجد ذلك لم تترتب الأحكام المذكورة؛ لانتفاء شرطها.

وأما قول المصنف رحمه الله: حتى يتوب؛ فمشعر بقبول شهادته بعد توبته. وهو صحيح صرح به المصنف رحمه الله تعالى في **المغني**. والأصل في ذلك قوله

---

(١) في د: إلا من تاب وأصلح.

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (٦٤٢) ٢: ١٨١ كتاب الشهادات.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٦٦) ٢: ٧٩٢ كتاب الأحكام، باب من لا تجوز شهادته.." [1]

"وجه؛ فلأن زوال المانع من قبول الشهادة هنا ليس من فعل الشاهد. فلم يمنع ذلك من قبول شهادته المعادة؛ كزوال الصبى بالبلوغ.

ولأن رد الشهادة هنا السبب لا عار فيه فلا يتهم في قصد نفي العار بإعادتها.

---

(١) الممتع ٤/٦٥٥

وأما كونها ترد في وجه؛ فلأن الحاكم رد شهادة من ذكر باجتهاده فلا ينقض ذلك باجتهاده.

والأول أصح. ذكره المصنف في **المغني** وعلله بأن الأصل قبول شهادة العدل. وقياس الشاهد هنا على المردود الشهادة بالفسق لا يصح؛ لوجود التهمة في حق الفاسق وانتفائها.

وأما نقض الاجتهاد بالاجتهاد فهو جائز بالنسبة إلى المستقبل غير جائز بالنسبة إلى ما مضى، ولذلك قضى عمر رضي الله عنه في قضية بقضايا مختلفة قال: «ذلك على ما قضينا وهذا على ما نقضي» (١).

وقبول الشهادة هنا من النقض في المستقبل لا في الماضي.

وأما كون شهادة الشفيع بعفو شريكه في الشفعة إذا أعادها بعد ردها لا تقبل؛ فلأنه متهم في الشهادة؛ كالفاسق إذا أعاد شهادته المردودة لفسقه.

---

(١) أخرجه الدارمي في سننه (٦٤٨) ١: ١١٢ في المقدمة، باب الرجل يفتي بالشيء ثم غيره.." [1]

"وأما كون جناية العمد الموجبة للمال دون القصاص؛ كالهاشمة والمنقلة على روايتين؛ فلأن النظر إلى أن موجبها المال تشبه الجناية خطأ وهي تثبت برجل وامرأتين، والنظر إلى أنها جناية عمد تشبه القتل وهو لا يثبت إلا برجلين.

والأول المذهب. قاله صاحب **المغني** فيه.

قال: (الخامس: ما لا يطلع عليه الرجال؛ كعيوب النساء تحت الثياب والرضاع والاستهلال والبكارة والثيوبة والحيض ونحوه: فيقبل فيه شهادة امرأة واحدة. وعنه: لا يقبل فيه أقل من امرأتين. وإن شهد به الرجل كان أولى بثبوته).

أما كون ما لا يطلع عليه الرجال من كل المواضع المذكورة ونحوها يقبل فيها شهادة امرأة واحدة على المذهب؛ فلأن شهادتها مقبولة في بعضها؛ لما تقدم من حديث عقبة بن الحارث «لما تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب. فقالت الأمة السوداء: قد أرضعتكما. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما» (١). فتقبل في باقي الصور بالقياس على ذلك.

وعن علي رضي الله عنه «أنه أجاز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال» (٢). رواه الإمام أحمد.

وأما كونه لا يقبل فيه أقل من امرأتين على رواية؛ فلأن كل جنس لم يثبت الحق فيه لم يثبت إلا باثنين. دليله الرجال.

---

(١) الممتع ٤/٦٦٩

ولأن الرجل أكمل من المرأة، والحق في غير هذه الصورة لا يثبت به وحده.

والأول أصح؛ لما تقدم.

وأما كون الرجل إذا شهد بذلك في المواضع المذكورة ونحوها أولى بثبوته؛ فلأن الرجل أكمل من المرأة. فإذا ثبت ذلك في المواضع المذكورة بشهادة النساء فالرجال أولى.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٦٥٧.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ١٥١ كتاب الشهادات، باب ما جاء في عددهن.." [1]

"وأما كون الشهادة المذكورة لا تقبل إلا بعد موت شهود الأصل على قول؛ فلأن المريض ترجى عافيته والغائب يرجى قدومه.

والأول أصح؛ لما تقدم.

ولأن انتظار صحة المريض وقدوم الغائب يؤدي إلى ضرر صاحب الحق وتأخير حقه لأمر يحتمل أن يصير ويحتمل أن لا يصير.

فعلى هذا يتعدى الأمر إلى المحبوس والخائف من سلطان أو غيره أو نحو ذلك؛ لأن جميع ذلك تتعذر معه الشهادة من شهود الأصل. أشبها المريض والغائب.

قال: (ولا يجوز لشاهد الفرع أن يشهد إلا أن يسترعيه شاهد الأصل فيقول: اشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان ابن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه أقر عندي وأشهدني على نفسه طوعا بكذا، أو شهدت عليه أو أقر عندي بكذا).

أما كون شاهد الفرع لا يجوز له أن يشهد إذا لم يسترعيه شاهد الأصل؛ فلأن الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة، والنيابة بغير إذن لا يجوز.

فإن قيل: إذا كان استرعاء شاهد الأصل معتبرا في شهادة الفرع فهل يعتبر أن يسترعيه بعينه أم يجوز لم لم يسترع أن يشهد على شهادته؟

قيل: فيه وجهان: أحدهما: يعتبر أن يسترعيه بعينه. وهو ظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا؛ لأنه ذكر هاهنا شاهد الفرع. ثم قال: يسترعيه فأعاد الضمير إليه ثم أتبعه بقوله فيقول: اشهد على شهادتي.

والثاني: لا يعتبر أن يسترعيه بعينه بل إذا سمع رجلا يسترعي رجلا جاز للسامع أن يشهد وإن لم يسترعه

---

(١) الممتع ٤/٦٧٤

وهو الذي رجحه المصنف رحمه الله في **المغني** وعلله بحصول الاسترعاء.

وأما كونه يجوز له ذلك إذا استرعاه شاهد الأصل؛ فلأن المانع منه عدم إذنه له، وذلك مفقود مع ذلك.

وأما كون الاسترعاء كما ذكر المصنف رحمه الله؛ فلأنه محصل للغرض.." [١]

"قيل: ثم حصل في يد المستوفي مال المحكوم عليه بغير حق. فوجب عليه رده وضمانه إن تلف وهاهنا لم يحصل في يده شيء، وإنما أتلف شيئا بخطأ الإمام وتسليطه عليه فافترقا.

وقال المصنف رحمه الله في **المغني**: في محل الضمان روايتان:

إحداهما: في بيت المال؛ لأن الحاكم نائب المسلمين ووكيلهم، وخطأ الوكيل في حق موكله عليه.

ولأن خطأ الحاكم يكثر؛ لكثرة تصرفاته وحكوماته. فإيجاب ضمان ما يخطئ فيه على عاقلته إجحاف بهم.

والرواية الثانية: هي على عاقلته مخففة مؤجلة؛ لما روي «أن امرأة ذكرت عند عمر بسوء فأنفذ إليها فأجهضت. فبلغ ذلك عمر فشاور الصحابة. فقال بعضهم: لا شيء عليك. وقال علي: أرى عليك الدية. فقال عمر: عزمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك» (١). يعني قريشا؛ لأنهم عاقلة عمر، ولو كان خطؤه واجبا في بيت المال لم يوجب الدية على عاقلته.

ولأن تلف المحكوم به حصل بخطئه فكان على عاقلته كخطئه في غير الحكم.

فعلى هذه الرواية إن كان المتلف يبلغ ثلث الدية فصاعدا تحملته العاقلة والكفارة تجب في ماله؛ لأن العاقلة في قتل الخطأ تحمل الثلث فصاعدا دون الكفارة فكذلك هاهنا، وإن كان المتلف أقل من الثلث فذلك في ماله؛ لأن العاقلة لا تحمل أقل من الثلث، وعلى الرواية الأولى الكفارة والقليل والكثير من الدية في بيت المال؛ لأن جعل ذلك في بيت المال لعلة أنه نائب عنهم وخطأ النائب على من استنابه وهذا يدخل فيه القليل والكثير.

ولأنه يكثر خطؤه فجعل الضمان في ماله يجحف به وإن قل لكثرته بتكرره.

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٨٠١٠) ٩: ٤٥٨ كتاب العقول، باب من أفزعه السلطان.." [٢]

---

(١) الممتع ٤/٦٧٨

(٢) الممتع ٤/٦٨٦

"قال: (وإن قال: له علي كذا درهم، أو كذا وكذا، أو كذا كذا درهم بالرفع، لزمه درهم. وإن قال بالخفض لزمه بعض درهم يرجع في تفسيره إليه. وإن قال: كذا درهما بالنصب لزمه درهم. وإن قال: كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد: يلزمه درهم، وقال أبو الحسن التميمي: يلزمه درهمان).

أما كون من قال: له علي كذا درهم بالرفع يلزمه درهم؛ فلأن كذا كناية عن شيء مبهم. فيكون معنى ذلك له على شيء وهو درهم.

وأما قوله: له علي كذا وكذا أو كذا كذا درهم بالرفع يلزمه درهم؛ فلما ذكر لأنه يصح أن يرد بذلك: له على شيء وشيء هما درهم، أو شيء شيء هو درهم.

وأما كون من قال ذلك بالخفض يلزمه بعض درهم؛ فلأن الدرهم مخفوض بالإضافة فيكون المعنى له علي بعض درهم.

وأما كونه يرجع في تفسير البعض إليه؛ فلأنه مقر به مجهول. فرجع في تفسيره إليه؛ كما لو قال: له علي شيء.

وأما كون من قال: كذا درهما بالنصب يلزمه درهم؛ فـلأن الدرهم يقع مميزا لما قبله، والمميز مفسر.

وأما كون من قال: كذا وكذا درهما بالنصب يلزمه درهم على قول ابن حامد؛ فلأن كذا يحتمل أقل من درهم. فإذا ذكر كذا مرتين ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاما صحيحا.

وأما كونه يلزمه درهمان على قول أبي الحسن التميمي؛ فلأنه ذكر جملتين. فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير إلى كل واحدة منهما؛ كقوله: عشرون درهما يعود التفسير إلى العشرين كذلك هاهنا.

وحكى المصنف رحمه الله في **المغني** وجها ثالثا: أنه يلزمه أكثر من درهم؛ لأن الدرهم تفسير لكذا الذي يليه، ويبقى كذا الأول على إبهامه فرجع في تفسيره إليه.." (١)

---

(١) الممتع ٤/٧٣٦